
Presentación

El Proyecto para Guatemala de la Oficina de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos presenta la *guía para la aplicación judicial: Los Derechos de los Pueblos Indígenas en el Convenio 169 de la OIT (Organización Internacional del Trabajo)*.

Con la presente guía se pretende contribuir al fortalecimiento y consolidación de las estructuras nacionales relacionadas con el imperio de la ley y los derechos humanos, proporcionando a solicitud de los Estados, asistencia técnica para la reforma de estructuras institucionales, formación y capacitación de abogados, jueces y magistrados, fiscales, defensores públicos, personal de las fuerzas de seguridad, y demás personas involucradas y comprometidas con y para los Pueblos Indígenas.

El objetivo general consiste en crear conciencia sobre la realidad jurídica en el ámbito de derechos de los pueblos indígenas, para facilitar a los operadores de justicia su manejo en la práctica y la comprensión del sistema normativo propio de los pueblos indígenas en Guatemala.

La presente guía contiene información recabada de la interpretación normativa del Convenio 169 que se basa en los materiales de la OIT al respecto y considera la experiencia de diferentes seminarios, talleres, foros, capacitaciones y reuniones varias, con organizaciones y autoridades de los pueblos indígenas y otras organizaciones de la sociedad civil de Guatemala, instituciones públicas así como de expertos nacionales e internacionales. Hace referencia a normativa internacional y opiniones de expertos/Relatores Especiales de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU. Se basa en casos y situaciones para la reflexión y aprendizaje y está acompañado por un CD que contiene los casos que afectan pueblos indígenas en el ámbito interamericano.

Introducción

Para efectos de la práctica judicial, en la presente guía se analizarán exclusivamente los temas priorizados en el Convenio 169 con recurrencia en la cotidianidad Guatemalteca, iniciando el proceso con la parte de política general y la protección jurídica hacia los Pueblos Indígenas.

Se continuará el estudio con la premisa fundamental de lo que se ha denominado “pluralismo jurídico”, que para el presente documento, se entenderá como la coexistencia de varios sistemas de justicia y/o resolución de conflictos en un mismo espacio geográfico del Estado-Nación. A partir de ello, se estudiará los subsecuentes temas, entre ellos, tierras, trabajo, sitios sagrados, etc., obviando los artículos del 32 al 44 por no ser temas de contenido sustantivo.

La estructura de la guía se desarrolla primeramente con un breve resumen doctrinal, luego se desarrollan las normas aplicables en el ámbito internacional y nacional, para finalizar con el análisis de casos, estadística y/o situaciones aplicables.

Una parte importante del Convenio 169 se refiere a la aplicación de la justicia y a las obligaciones del Estado de garantizar los derechos de los pueblos indígenas. Esto llama a los operadores de justicia a conocer estos derechos y considerarlos en su práctica jurídica. A lo largo del tiempo, también la justicia internacional (Sistema Interamericano de Protección) ha reunido alguna jurisprudencia e información sobre el respecto que marca, en conjunto con los instrumentos de derechos humanos, los estándares internacionales en el tema.

Las Naciones Unidas, a través del Proyecto para Guatemala de la Oficina de la Alta Comisionada para Derechos Humanos, en un esfuerzo por implementar los presupuestos indicados anteriormente, en esta ocasión, asiste al Sistema de Justicia con la guía para la aplicación judicial: Los Derechos de los Pueblos Indígenas en el Convenio 169 de la OIT, con el objetivo de ofrecer una oportunidad de discusión de doctrina y prácticas jurídicas para fortalecer la integración de estándares internacionales de derechos humanos en la realidad del sistema de la administración de la justicia en Guatemala.



Contexto

I.

El Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes debe ser considerado en el contexto de una discusión más amplia alrededor de los derechos humanos como estándares internacionales y directrices para la política interna de los Estados. Tiene sus referentes en diferentes convenciones de las Naciones Unidas y obedece a la paulatina consideración de situaciones específicas de grupos humanos que a pesar de la Declaración Universal de los Derechos Humanos no gozan de los derechos y libertades fundamentales de la misma manera que otros.

Así la **Declaración y Programa de Acción de Viena**, aprobada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, llevada a cabo en Viena, del 14 al 25 de junio de 1993, reafirmó -entre otras- los derechos de las *poblaciones indígenas*, la importancia de educar en derechos humanos, la importancia de las instituciones nacionales de promoción y protección de los derechos humanos, creándolas y reforzándolas. De igual forma, en el campo de los derechos de los pueblos indígenas, solicita al Sistema de Naciones Unidas una atención especial, incluyendo la asistencia a los Estados en esta materia. Por otro lado, indica que las Naciones Unidas deben ayudar a crear o reforzar las estructuras nacionales relacionadas con el imperio de la ley y los derechos humanos, proporcionando, a solicitud de los Estados, asistencia técnica y financiera para la reforma de estructuras penales, formación y capacitación de abogados, *jueces* y personal de las fuerzas de seguridad.

"La Conferencia Mundial de Derechos Humanos reconoce la dignidad intrínseca y la incomparable contribución de las poblaciones indígenas al desarrollo y al pluralismo de la sociedad y reitera firmemente la determinación de la comunidad internacional de garantizarles el bienestar económico, social y cultural y el disfrute de los beneficios de un desarrollo sostenible. Los Estados deben garantizar la total y libre participación de las poblaciones indígenas en todos los aspectos de la sociedad, en particular en las cuestiones que les conciernan. Considerando la importancia de las actividades de promoción y protección de los derechos de las poblaciones indígenas y la contribución de esas actividades a la estabilidad política y social de los Estados en que viven esos pueblos, los Estados deben tomar medidas positivas concertadas, acordes con el derecho internacional, a fin de garantizar el respeto de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las poblaciones indígenas, sobre la base de la igualdad y la no-discriminación, y reconocer el valor y la diversidad de sus diferentes identidades, culturas y sistemas de organización social."

(Numeral 20 de la Declaración de Viena de 1993)

La importancia de este enunciado de la Conferencia Mundial radica en reconocer los derechos de los pueblos indígenas como derechos humanos y en un contexto diferente al de los derechos de las minorías étnicas, lingüísticas y religiosas. El hecho de la existencia de 300 mil de personas que pertenecen a los más de 5000 pueblos indígenas en todo el mundo y la situación de discriminación y pobreza en que viven mereció la atención de la comunidad internacional cuando en el mismo año, en su Resolución 48/163 del 21 diciembre de 1993, la Asamblea General de las Naciones Unidas, declara el **Decenio Internacional de las Poblaciones Indígenas**. El objetivo principal del Decenio es el fortalecimiento de la cooperación internacional para la solución de los problemas que los pueblos indígenas enfrentan en áreas de derechos humanos, medio ambiente, desarrollo, salud, cultura y educación –entre otros-. También observa la posibilidad de crear un instrumento universal específico sobre los derechos humanos de los pueblos indígenas y creó un Grupo de Trabajo para ello que se ha reunido regularmente durante desde 1995. Hasta el día de hoy, sin embargo, los países no se han puesto de acuerdo sobre este Proyecto de Declaración Universal de Derechos de los Pueblos Indígenas.

Del 31 de agosto al 8 de septiembre de 2001 tuvo lugar en Durban, Sudáfrica, **la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia** y como resultado fueron publicadas la Declaración y el Programa de Acción de Durban, que establecen estándares internacionales en el tema y proporcionan un programa contra la discriminación innovador. En la Declaración de Durban los países reunidos reconocen que el colonialismo ha llevado al racismo y las formas conexas de intolerancia y que, entre otros, los pueblos indígenas fueron víctimas del colonialismo y continúan siéndolo de sus consecuencias. Los efectos y la persistencia de esas estructuras y prácticas son factores que contribuyen a desigualdades sociales y económicas duraderas en muchas partes del mundo de hoy. (Numeral 14, 39) Pobreza, subdesarrollo, exclusión social van vinculadas al racismo y a la discriminación. (Numeral 18) La Declaración reconoce los derechos de los pueblos indígenas y recalca la necesidad de adoptar las apropiadas medidas constitucionales, administrativas, legislativas y judiciales para que se hagan realidad (Numeral 23). La Declaración repudia el racismo, la discriminación racial en el funcionamiento de los sistemas penales y en la aplicación de la ley. (Numeral 25) Pone de relieve la necesidad de poner fin a la impunidad de las violaciones de los derechos humanos de las personas víctimas del racismo. (Numerales 26, 41) Reconoce el valor de la diversidad de las culturas y el patrimonio de los pueblos indígenas, así como su derecho a expresar libremente su identidad. Su participación en todos los aspectos de la sociedad son fundamentales para la estabilidad política y social y para el desarrollo del estado en que viven. (Numeral 40, 42)

La Organización Internacional de Trabajo (OIT) que desde sus primeros días, se ha preocupado de la situación de los pueblos indígenas y tribales, a principios de la década de los años veinte, se dedicó activamente a investigar el trabajo forzoso de las llamadas “poblaciones nativas” en las colonias. Los pueblos indígenas y tribales eran por definición

parte de esta fuerza laboral colonial. Esta misma preocupación impulsó la adopción del Convenio sobre el trabajo forzoso (núm.29) en 1930, lo que trajo consigo la adopción de normas y el desarrollo de actividades de cooperación técnica en relación con los pueblos indígenas y tribales.

La OIT también se interesó por los miembros de los pueblos indígenas y tribales con respecto a los demás derechos laborales. La protección es aún más necesaria en los casos en que dichos pueblos son expulsados de sus tierras ancestrales para convertirse en trabajadores temporales, migratorios, servidores domésticos, y se encuentran, por lo tanto, expuestos a formas de explotación laboral tratadas en el marco del mandato de la OIT en otros convenios. Ya desde 1921, la OIT comenzó a realizar estudios sobre la situación de los trabajadores indígenas. La Segunda Guerra Mundial interrumpió estos esfuerzos, pero los mismos se reanudaron poco después de su fin. Desde 1957, el Convenio 107 de la OIT sobre Poblaciones indígenas y tribales ha constituido un aporte importante, ya que era el único instrumento jurídico internacional relativo a las condiciones de vida y de trabajo de los pueblos indígenas y tribales. Fue el primer instrumento en codificar los derechos de esos pueblos en la legislación internacional. El Convenio 107 cubría una amplia gama de temas relativos a los derechos a la tierra, a las condiciones de trabajo, a la salud y a la educación. Fue ratificado por 27 países.

Con el paso de los años y la evolución de la discusión en el seno de la comunidad internacional, algunos puntos débiles del Convenio 107 empezaron a llamar la atención. Entre los aspectos más discutidos figuraba el supuesto de que la integración a la sociedad nacional mayoritaria era el único futuro posible para los pueblos indígenas y tribales. Asimismo, que todas las decisiones relacionadas con el desarrollo correspondían sólo al Estado y no a los propios pueblos que podían ser afectados por ellas. Con la creciente toma de conciencia por parte de los pueblos indígenas y tribales durante las décadas de los años sesenta y setenta y con la participación creciente de las organizaciones indígenas en el plano internacional, estos planteamientos empezaron a ser sustituidos. Surgió entonces la necesidad de poner al día el Convenio 107. La Reunión de expertos en 1986, convocada por el Consejo de Administración de la OIT, concluyó que *"el enfoque integracionista del Convenio era obsoleto y que su aplicación era perjudicial en el mundo moderno"*.

El Consejo de Administración de la OIT inscribió el tema en el orden del día de la Conferencia Internacional del Trabajo de 1988 y 1989. En Junio de 1989, el Convenio 107 fue revisado a fin de incluir el principio fundamental de que la forma de vida de los pueblos indígenas y tribales es permanente y perdurable. Otro cambio fundamental que se introdujo fue el reconocimiento de que estos pueblos y sus organizaciones tradicionales deben estar estrechamente involucrados en la planificación y ejecución de los proyectos de desarrollo que los afecten. El Convenio así actualizado se adoptó como Convenio 169.

II.

El Convenio 169 fue adoptado por la OIT, el 27 de junio de 1989, con 328 votos a favor, 49 abstenciones y 1 en contra, con un total de 378 representantes de Estados, patronos y trabajadores del mundo.

En Guatemala, la presentación para su ratificación, se hizo durante el Gobierno del Presidente Vinicio Cerezo Arévalo, pero no fue sino con el Gobierno del Presidente Jorge Antonio Serrano Elías, que el Ministerio de Trabajo asume su control, y se inicia un proceso de divulgación y consulta, en donde puede resaltarse el proceso de consulta en 1991 a 1996 organizaciones indígenas por medio de 4 talleres regionales (Norte, Occidente, Centro y la Región del Triangulo Ixil en Quiche), donde participaron 317 delegados, principalmente de los pueblos maya.

El empoderamiento de las organizaciones indígenas ante el Convenio 169 se vio reflejado con la constitución de una delegación que se denominó "Delegación Pro Ratificación del Convenio 169".

Ante las acciones efectuadas por las organizaciones mayas y la Delegación Pro Ratificación del Convenio 169, el Gobierno de la República de Guatemala emite el dictamen para su ratificación.

Debido a reacciones contrarias, el Congreso de la República, solicita una opinión consultiva y dictamen a la Corte de Constitucionalidad y al Colegio de Abogados y Notarios, los cuales resuelven en el sentido de declarar que el Convenio no contradice la Constitución, por lo que el mismo finalmente fue ratificado el 5 de junio de 1996 y entró en vigencia un año más tarde.

Convenio No. 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)

Naturaleza del Convenio

- *Es un tratado internacional, vinculante legalmente a partir de la ratificación por parte de un país. Las normas del tratado son compromiso de Estado.*
- *En virtud del artículo 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala es ley nacional y superior al derecho interno.*
- *Es una obligación del Estado a partir de la ratificación crear normas internas y en su caso, instituciones, así como poner a disposición recursos que facilitan su aplicación.*
- *Mientras el país no cuente con legislación que asume sus contenidos, se aplica el Convenio directamente como una norma legal vigente.*
- *El Estado también debe formular políticas y programas adecuados con el objeto de implementar los compromisos contraídos en el Convenio.*
- *El Estado debe dar cuenta regularmente al mecanismo internacional competente, en este caso a la OIT, sobre el cumplimiento de los compromisos del Convenio.*

Filosofía del Convenio

- *El Convenio 107 tuvo como intención primordial la de proveer protección a los pueblos indígenas y tribales partiendo de la paulatina integración de esos pueblos en las sociedades nacionales, mientras el Convenio 169 tiene el enfoque del respeto y protección de las culturas, formas de vida y el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas, basándose en la presunción de la perduración y permanencia de esas culturas y de su identidad propia.*
- *El Convenio 169 toma como base el que los pueblos indígenas pueden hablar por sí mismos y tienen el derecho de ser parte de los procesos de decisión sobre asuntos que los afectan y ser tomados en cuenta en sus opiniones.*
- *El Convenio parte de que las culturas son dinámicas en el tiempo y espacio, pero que los cambios culturales son intrínsecos y voluntarios de los propios pueblos*

indígenas. De esta manera, defiende la integridad cultural de los pueblos indígenas y tribales contra presiones externas que tienden a la asimilación cultural forzada.

- *El Convenio así hace una diferencia entre minoría étnica y pueblos indígenas*
- *El Convenio no promueve condiciones más favorables para los pueblos indígenas y tribales que la de otros trabajadores, sino asistencia y condiciones en equidad que reconocen aspectos culturales diferentes, superan la exclusión y discriminación y posibilitan la supervivencia de estas sociedades, construidas en miles de años.*
- *Con la defensa de la identidad cultural y el derecho a la propia cultura, el Convenio reconoce el valor de las culturas de los pueblos indígenas en todo el mundo para el patrimonio cultural de la humanidad entera.*

Estructura del Convenio

Está dividido en tres secciones:

- *La Política General que los gobiernos deben tener en cuenta cuando tratan con pueblos indígenas (Art.1-12)*
- *La de temas sustanciales que tratan en detalle por ejemplo asuntos de tierra y recursos naturales, educación, salud y derechos laborales.(Art. 13-32)*
- *La de cuestiones generales y administrativas que se refieren a temas de las secciones anteriores, su alcance, vigencia y validez (Art. 33 -44)*

La interpretación del Convenio 169 se relaciona con:

- *La cuestión agraria, medioambiental, de recursos naturales y los valores de los pueblos indígenas;*
- *el derecho al trabajo y a las tierras y territorios;*
- *el derecho a la educación de acuerdo al artículo 26 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos;*
- *el derecho al desarrollo como derecho colectivo inalienable de los pueblos basándose en el artículo 28 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos;*
- *la vigencia y eficacia del Derecho propio, específicamente en el contexto de los derechos humanos, como factor fundamental para el desarrollo de la justicia;*
- *la construcción de un proceso democrático en países multiétnicos, pluriculturales y plurilingües.¹*

¹ José E.R. Ordoñez Cifuentes, Justicia y Pueblos Indígenas, Colección Debates No.2 , CIDECA 1997, Pág. 87-95.

SECCIÓN UNO

POLÍTICA GENERAL DEL CONVENIO 169

Esta sección comprende los artículos del 1 al 12 del Convenio y se refiere a los conceptos básicos y las directrices políticas de la aplicación del Convenio:

- ▶ La **definición** de pueblos indígenas (Art. 1)
- ▶ La **responsabilidad de los gobiernos** hacia una **acción coordinada y sistemática de protección y goce** de los derechos humanos y de los derechos específicos que reconoce el Convenio (Art. 2, 3, 12)
- ▶ La **adopción de medidas especiales** para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, la cultura y el medio ambiente de los pueblos indígenas (Art.4, 7).
- ▶ El derecho a la **participación** de los pueblos indígenas y el deber de los gobiernos a la **consulta** de buena fe a los mismos en los asuntos que los afecten. (Art. 6,7)
- ▶ La **aplicación de la ley** y la conservación del **derecho consuetudinario** (9, 10, 11, 12)

Los artículos contenidos en esta sección aclaran la relación entre derechos humanos y derechos de los pueblos indígenas. Destacan la importancia del desarrollo social de los mismos y de su participación en los asuntos públicos, especialmente los que les afectan directamente.

Esta parte referente a la Política General del Convenio es, en términos conceptuales y de contenido metodológico, la más significativa y que dirige la interpretación de los artículos consiguientes. Contiene en su primer artículo el ámbito de aplicación del Convenio y la definición del término “pueblos indígenas”.

Además, por primera vez establece un criterio fundamental para determinar quiénes pertenecen a estos pueblos que es la auto-identificación. Ya no parte, como el Convenio 107, de la suposición de la paulatina desaparición por asimilación de los pueblos indígenas, sino confirma su permanencia en el tiempo y la conservación de sus costumbres e instituciones. Esto significa también, como explica el artículo 8, que al aplicar la legislación nacional se deberá tomar en consideración las costumbres y el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas, la conservación de las costumbres e instituciones propias. La única limitación en el uso de las costumbres que pone el Convenio es que éstas deben ser compatibles con los derechos fundamentales del sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

En ese sentido, los artículos 9 y 10 especifican un principio de particular importancia para la aplicación de la ley que es que **en materia penal** las autoridades y tribunales deben tener en cuenta **las costumbres, los métodos tradicionales para reprimir delitos y las características económicas, sociales y culturales.**

Esta misma parte describe la responsabilidad de los gobiernos en la realización de los derechos de los pueblos indígenas. Establece:

- El principio de participación de los pueblos interesados en la acción coordinada y sistemática del Estado.
- El principio de igualdad en derechos y oportunidades.
- El compromiso de efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales.
- Respetando su identidad social y cultural, costumbres y tradiciones.
- El pleno goce de todos los demás derechos humanos fundamentales, sin obstáculos ni discriminación.
- La prohibición del uso de la fuerza o coerción que viole los derechos humanos y los derechos contenidos en el Convenio.

Especial mención merece el artículo 6 en el que se define **la participación de los pueblos indígenas, a través de la consulta de buena fe y apropiada a las circunstancias**, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas por el gobierno. Este principio está desarrollado a lo largo del Convenio en los artículos: 15 numeral 2, 27 numerales 2 y 3, 28.

En relación **al desarrollo de los pueblos indígenas**, se destaca que son los pueblos interesados los que deben determinar sus propias prioridades de desarrollo y ejercer el control, en la medida de lo posible, sobre el mismo. Esto requiere, como indica el artículo 7, que los pueblos indígenas participen en la formulación, aplicación y evaluación de los planes de desarrollo que los afectan directamente.

Los gobiernos están obligados a velar por el **mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo, el nivel de salud y educación**, porque se efectúen estudios de medio ambiente a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural de actividades

previstas como criterios fundamentales para la ejecución de actividades económicas y de desarrollo (concesiones mineras, construcción de infraestructura turística, creación de áreas protegidas, etc.)

Capítulo 1

LA DEFINICIÓN DE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES EN PAÍSES INDEPENDIENTES

Artículo 1

1.- El presente Convenio se aplica:

- a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial;*
- b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.*

2.- La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.

3.- La utilización del término pueblos en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional.

A. Doctrina

► El concepto “pueblos”

El término “pueblos”, adoptado por el Convenio 169 en diferencia al 107, reconoce a una colectividad con cultura, identidad, creencias y organización propias, así como una especial relación con la tierra.

Según el Estudio del Problema de la Discriminación contra las Poblaciones Indígenas, presentado en 1974 por el Relator Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, José R. Martínez Cobo, **“el término pueblo...:**

- a) *... designa una entidad social que posee una identidad evidente y tiene características propias;*
- b) *implica una relación con un territorio, incluso si el pueblo de que se trata ha sido injustamente expulsado de él y reemplazado artificialmente por otra población;*
- c) *el pueblo no se confunde con las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, cuya existencia y derechos se reconocen en el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.*

¿Cuáles argumentos tiene el movimiento indígena para reclamar el tratamiento de los indígenas como pueblos?

- Su derecho de anterioridad que tiene en relación a la cultura colonizadora. Los derechos “aborígenes” nunca desaparecieron con la colonización. Los colonizadores a menudo reconocían a estos pueblos como entidades foráneas.
- El aceptar el término “minoría” puede significar el aceptar la legitimidad del Estado que “coloniza” a la población indígena.
- La naturaleza de los derechos que se quiere proteger (territorios indígenas, derecho indígena, protección a los conocimientos tradicionales...). Estos derechos no están protegidos bajo de derecho de minorías.

► El derecho a la libre determinación de los pueblos

Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales, Art. 2:

“Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación; en virtud de este derecho, determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”.

No es interpretable en el marco del Convenio de forma igual que el mismo término utilizado generalmente en el derecho internacional (Pactos internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Art. 1 común) ya que la OIT por su mandato no está en condición a declarar el derecho a la libre determinación de los pueblos, que fue proclamado internacionalmente como un derecho de los pueblos a partir de los movimientos de independencia en los países dominados por el colonialismo.

La libre-determinación de los pueblos, en esta lógica sólo es aplicable a países colonizados por potencias europeas y no dentro de los nuevos estados descolonizados. En Derecho Internacional no se acepta su aplicación a las minorías étnicas y pueblos indígenas en los mismos términos. En cuanto a los pueblos indígenas, el Convenio 169 no los reconoce como titulares del derecho a la libre-determinación pero el Proyecto de Declaración de la ONU si lo haría en el marco del Estado nacional:

Proyecto de Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas:

Artículo 3: *Los pueblos indígenas tienen derecho a la **libre determinación**. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.*

Los artículos 31 al 33, básicamente desarrollan este precepto:

Artículo 31: *Los pueblos indígenas, como forma concreta de ejercer su derecho de libre determinación, tienen derecho a la autonomía o el autogobierno en cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, en particular la cultura, la religión, la educación, la información, los medios de comunicación, la salud, la vivienda, el empleo, el bienestar social, las actividades económicas, la gestión de tierras y recursos, el medio ambiente y el acceso de personas que no son miembros a su territorio, así como los medios de financiar estas funciones autónomas.*

Artículo 32: *Los pueblos indígenas tienen el derecho colectivo de determinar su propia ciudadanía conforme a sus costumbres y tradiciones. La ciudadanía indígena no menoscaba el derecho de las personas indígenas a obtener la ciudadanía de los Estados en que viven. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar las estructuras y a elegir la composición de sus instituciones de conformidad con sus propios procedimientos.*

Artículo 33: *Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus costumbres, tradiciones, procedimientos y prácticas jurídicos característicos, de conformidad con las normas de derechos humanos internacionalmente reconocidas.*

Se entiende que el Convenio 169 no impone una limitación a la libre determinación de los pueblos o toma una posición en contra de la misma. En otras palabras, el Convenio no sería incompatible con un instrumento internacional legal que podría establecer o definir el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación.

Este derecho formulado en el Proyecto de Declaración ampliaría el ámbito del Convenio 169. Pero el mismo Convenio 169 tiende a asegurar un espacio más amplio de libre determinación de los pueblos indígenas en el campo del desarrollo, de la cultura y los demás campos sociales.

Respecto a un aparente derecho de secesión que implícitamente estaría contenido en el concepto de libre determinación, la **Declaración de Naciones Unidas sobre Relaciones Amistosas entre Estados** da una clara interpretación en cuanto ésta no se justifica en un sistema de gobierno representativo, respetuoso del principio de igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos:

“Por virtud del principio de igualdad de derechos y libre determinación de los pueblos, consagrado en la Carta de las Naciones Unidas, todos los pueblos tienen el derecho de determinar libremente, sin interferencia externa, su estatus político, y de perseguir su desarrollo económico, social y cultural, y cada Estado tiene el deber de respetar este derecho de acuerdo con las provisiones de esta Carta.

Nada en los párrafos previos será entendido en el sentido que autorizara o alentara una acción para desmembrar o afectar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de los países soberanos e independientes que se conduzcan de acuerdo al principio de igualdad de derechos y libre determinación de los pueblos como ya fue descrito anteriormente y de tal manera cuente con un sistema de gobierno que representa a todo el pueblo perteneciente a su territorio, sin distinción en cuanto a la raza, la creencia o el color.”

Declaración de Naciones Unidas sobre Relaciones Amistosas entre Estados, 1970

► Qué significa “indígena”

El término “**indígena**” se refiere a los pueblos que total o parcialmente conservan sus idiomas, instituciones y formas de vida diferentes a la sociedad dominante y que ocuparon el área antes que otros grupos poblacionales llegaran. Esta descripción es válida para los pueblos indígenas de Norte y Sur América y algunos del Pacífico y Europa.

Definición:

Según el estudio del Relator Especial Martínez Cobo:

Son comunidades, pueblos y naciones indígenas los que,

- *Teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y pre-coloniales que se desarrollaron en sus territorios*
- *se consideran distintos de otros sectores de la sociedad que ahora prevalecen en esos territorios o en parte de ellos;*
- *constituyen ahora sectores no dominantes de la sociedad y;*
- *tienen la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su existencia continuada como pueblo,*
- *de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones y sus sistemas legales.*

Elementos que conforman la indigenidad:

► Elementos objetivos

- Descendencia histórica
- Prioridad en el tiempo
- No- dominancia en el Estado actual
- Elementos culturales que los distinguen de otros grupos

► Elementos subjetivos

- Auto- identificación
- Voluntad de preservar su cultura

El término “Pueblos **tribales**” en diferencia a los pueblos indígenas se refiere a una situación social de los pueblos tradicionales en África y Asia sin establecer prioridades de la migración. Ambos grupos de pueblos reciben la misma protección bajo el Convenio 169.

El Consejo Mundial de Pueblos Indígenas propuso a la Subcomisión de Derechos Humanos la siguiente definición:

“Pueblos Indígenas son los grupos de poblaciones como los nuestros, que desde tiempo inmemorial, habitamos las tierras que vivimos, conscientes de poseer una personalidad propia con tradiciones sociales y medios de expresión vinculados al país heredado de nuestros antepasados con un idioma propio y con características esenciales y únicas que nos dotan de la firme convicción de pertenecer a un pueblo, con identidad propia, y que así nos deben considerar los demás.”

► “Pueblos” o “Poblaciones”

La decisión a favor del término “pueblo” sustituyendo el de “poblaciones” del Convenio 107 fue precedida por una discusión terminológica y consultas que destacaron que para usar el término “pueblo” se aplica el rasgo de sociedades organizadas con su propia identidad, más allá de lo que se logra decir con el término de “poblaciones” que únicamente haría referencia a que los individuos compartirían características raciales o culturales en un territorio determinado.

► Derechos de los “Pueblos Indígenas” y derechos de las “Minorías”

En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, los derechos de las minorías étnicas, lingüísticas y religiosas tienen una historia que se relaciona con los acontecimientos de la Primera Guerra Mundial, después de la cual la Sociedad de las Naciones (precursora de la Organización de las Naciones Unidas) proclamó los derechos de las minorías. Estas minorías han surgido en los Estados europeos históricamente por los cambios frecuentes en las delimitaciones fronterizas, los movimientos religiosos y el movimiento de poblaciones debidos al comercio, las guerras y políticas poblacionales.

Definición de F. Capotorti (Relator Especial para Minorías): *Un grupo de ciudadanos de un Estado, en minoría numérica y en posición no dominante en ese Estado, dotados de características étnicas, religiosas o lingüísticas diferentes a las de la mayoría de la población, solidarios los unos de los otros, animados, aunque sea implícitamente, de una voluntad colectiva de supervivencia y que tienden a la igualdad de hecho y de derecho con la mayoría.*

Derechos de las minorías son los que protegen a las minorías contra la discriminación y garantizan su integridad cultural en países donde la mayoría es de una cultura diferente, sobre todo referente al idioma, la religión y la pertenencia étnica. Los pueblos indígenas se benefician de esta protección, pero ésta no responde totalmente a sus características y reivindicaciones.

En las Naciones Unidas y en la Organización de Estados Americanos se establece una distinción entre los derechos de las personas pertenecientes a minorías y los derechos de los pueblos indígenas, por la situación especial de los últimos y que no está reflejada plenamente en los instrumentos internacionales sobre minorías. Personas pertenecientes a los pueblos indígenas pueden reivindicar derechos de las minorías y así ocurrió en virtud del Artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En cuanto a los indígenas bajo la protección de minorías, resulta importante el aporte de la Organización de los Estados Americanos, cuya VII Conferencia, celebrada en Perú en 1938, convocó al Primer Congreso Indigenista Americano, que se reunió en Pátzcuaro, México, en 1940. El Congreso inició un movimiento hacia una política indigenista continental, tendente a garantizar el respeto a la personalidad y cultura de los pueblos autóctonos, rechazando la discriminación en su contra y elevando sus condiciones económicas y sociales a la discusión política. Además, fundó el Instituto Indigenista Panamericano con sede en México, que se constituyó por medio de la Convención Internacional Relativa a los Congresos Indigenistas Americanos conocida como "Convención Indigenista".

Una importante diferencia entre minorías y pueblos indígenas en el Derecho Internacional fue siempre que los derechos de las minorías fueron entendidas como derechos individuales. La introducción del término "pueblo" en cuanto a las antes llamadas "poblaciones indígenas", facilitó entender sus derechos como colectivos. De especial importancia en este contexto es una decisión del Comité de Derechos Humanos que generalmente sólo acepta reivindicaciones individuales. Sin embargo, la Observación General No. 23 del Comité (1994) introduce que en el caso de los pueblos indígenas, la preservación del uso de sus tierras puede convertirse en un elemento esencial del ejercicio de sus derechos culturales, por lo que el Comité admite en estos casos reivindicaciones en nombre del grupo indígena afectado en su conjunto.²

Los pueblos indígenas no estuvieron en la mira de la comunidad internacional hasta después de la Segunda Guerra Mundial. Su comprensión inicial como minorías estuvo en la lógica de entonces que las minorías a lo largo deben integrarse y ser integradas en la vida nacional sin discriminación. Fue la lucha de los propios pueblos indígenas y la mayor investigación de sus circunstancias especiales en el marco de las Naciones Unidas a través de diferentes relatores, las que impulsaron una nueva visión sobre la materia

² Asbjorn Eide. Comentario acerca de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas. E/CN.4/Sub.2/AC.5/2001/2, Numerales 15 al 18.

que hoy está plasmada en el Convenio 169 de la OIT y los borradores de las Declaraciones Universal e Interamericana sobre los derechos de los pueblos indígenas.

► Identidad indígena

La conciencia de los grupos e individuos sobre su propia identidad indígena es el criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del Convenio. La auto-identificación considera el sentimiento de pertenencia cultural, de cosmovisión, espiritualidad y valores compartidos aparte del idioma, territorio común, historia y pertenencia étnica. Es uno de los principales logros del Convenio, en el sentido que permite respetar al individuo dentro de la comunidad y a la comunidad como la organización social y referencia cultural de sus miembros.

En segundo lugar, historia, territorio, lengua, cosmovisión –entre otros- se ven a través del tiempo y espacio, para establecer la identidad más allá de fenotipos y/o apariencias físicas, culturalismos y folklore, contruidos por las ciencias sociales de influencia occidental.

La discusión al respecto fue amplia: Sobre el artículo 1.2 del Convenio 169 el Consejo Mundial de Pueblos Indígenas se refirió *“...a aquellos que guardan continuidad histórica con las sociedades anteriores a la conquista y que se consideran diferentes de otros sectores de la nación en razón de su identidad cultural”*.

Esta definición se discutió profundamente en la Subcomisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas convocada al efecto sobre el concepto de identidad. Uno de los principales miembros de dicha Subcomisión es el Consejo Mundial de Pueblos Indígenas, en cuya ponencia señala que *el derecho de definir quién es persona indígena se reserva a los propios indígenas: “bajo ninguna circunstancia debemos permitir que unas definiciones artificiales...nos digan quienes somos”*.

Por su lado José Emilio Rolando Ordóñez Cifuentes, en su Libro “Conceptualizaciones jurídicas en el Derecho Internacional Público Moderno y la Sociología del Derecho: Indio, Pueblo y Minorías” escribe que *“La condición indígena no se determina por contenidos biológicos ni tampoco culturales fijos, sino que la cultura y el fenotipo varían entre los pueblos indios, y lo fundamental es la auto identificación y la conciencia de una continuidad histórica con el pasado. Lo anterior va encaminado a evitar las trampas legales que vienen usando nuestros etnocráticos Estados para negarles la propia condición de indios a los indios.”*³

³ José Emilio Rolando Ordóñez Cifuentes, “Conceptualizaciones jurídicas en el Derecho Internacional Público Moderno y la Sociología del Derecho: Indio, Pueblo y Minorías”, Lugar, año pag

En 1995 el **Grupo de Trabajo sobre las Poblaciones Indígenas** se adoptó cuatro principios que debían tenerse en cuenta en toda posible definición de pueblos indígenas:

- a) la prioridad en el tiempo por lo que respecta a la ocupación y el uso de determinado territorio;
- b) la perpetuación voluntaria de la distinción cultural, que puede incluir los aspectos del idioma, la organización social, la religión y los valores espirituales, los modos de producción, las leyes e instituciones;
- c) la conciencia de la propia identidad, así como su reconocimiento por otros grupos, o por las autoridades estatales, como una colectividad distinta; y
- d) una experiencia de sometimiento, marginación, desposeimiento, exclusión o discriminación, independientemente de que estas condiciones persistan o no.⁴

Por su parte, el **Acuerdo de Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas**⁵ da una definición muy completa que ha de entenderse de Identidad en el contexto del proceso de paz de Guatemala:

“La identidad de los pueblos es un conjunto de elementos que los definen y, a su vez, los hacen reconocerse como tal. Tratándose de la identidad maya, que ha demostrado una capacidad de resistencia secular a la asimilación, son elementos fundamentales:

- a) *La descendencia directa de los antiguos mayas;*
- b) *Idiomas que provienen de una raíz maya común;*
- c) *Una cosmovisión que se basa en la relación armónica de todos los elementos del universo, en el que el ser humano es sólo un elemento más, la tierra es la madre que da la vida, y el maíz es un signo sagrado, eje de su cultura. Esta cosmovisión se ha transmitido de generación en generación a través de la producción material y escrita y por medio de la tradición oral, en la que la mujer ha jugado un papel determinante;*
- d) *Una cultura común basada en los principios y estructuras del pensamiento maya, una filosofía, un legado de conocimientos científicos y tecnológicos, una concepción artística y estética propia, una memoria histórica colectiva propia, una organización comunitaria fundamentada en la solidaridad y el respeto a sus*

⁴ Véase E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2. El Indigenous Peoples of Africa Coordinating Committee (IPACC) aplica un criterio similar. Véase IPACC, *Annual Report (noviembre de 1998 a octubre de 1999)*, apéndice, pág. 22.

⁵ Capítulo I, numeral 2.

semejantes, y una concepción de la autoridad basada en valores éticos y morales; y

e) *La autoidentificación.*"

► **El sistema de administración de justicia y la identidad cultural indígena**

Con demasiada frecuencia, la sociedad más amplia ha adoptado la postura de que las instituciones sociales indígenas son contrarias al interés nacional o, lo que es aún peor, moralmente reprobables. Por lo tanto, en numerosos países los sistemas de costumbre indígena no cuentan con ninguna forma de reconocimiento oficial del Estado. De la misma manera, varias veces son cuestionadas las prácticas tradicionales desde el punto de vista de los derechos humanos.

El Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas establece al respecto que:

"Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus costumbres, tradiciones, procedimientos y prácticas jurídicas características, de conformidad con las normas de derechos humanos internacionalmente reconocidas."

Pregunta el Relator Especial sobre la situación de los derechos y libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen:

"¿Qué relación guardan los diversos arreglos relativos al gobierno propio a nivel local entre los pueblos indígenas con el ejercicio de sus derechos civiles y políticos? ¿Cómo ha afectado la legislación reciente a la protección y el disfrute de esos derechos? Cuando el gobierno propio de los indígenas difiere de las estructuras constitucionales del gobierno municipal ¿Cómo queda afectada la situación de las comunidades indígenas en lo que se refiere a los derechos humanos? Sobre este tema, al igual que sobre los que han mencionado anteriormente, la bibliografía es, en el mejor de los casos, fragmentaria y hay pocas pruebas que apoyen ninguna conclusión de gran alcance. El Relator Especial propone abordar esta cuestión en un marco comparativo desde la perspectiva de los derechos humanos y la gobernanza democrática y volverá a informar a la Comisión en el futuro."⁶

Esta situación justificaría esfuerzos especiales de investigación y diálogo y, a la vez, demanda que las dudas que existen sobre el respecto sean fundamentadas y puesto en el contexto de una reflexión más amplia que parte del respeto de los derechos humanos de los indígenas. El sistema de administración de justicia se ve ante el reto de contextualizar el respecto de la identidad cultural de los indígenas que se manifestaría en

⁶ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen, ECOSOC, E/CN.4/2002/97, 4 de febrero de 2002, p.26 y s..

el respeto a sus autoridades, prácticas culturales y su espiritualidad con una auténtica práctica de los derechos humanos. Del Convenio 169 surge la obligación de la protección de que personas o comunidades indígenas puedan conservar su identidad cultural.

B. Normas aplicables

► Normas internacionales

1. *Historia:*

El Derecho Internacional ha legislado la protección de las minorías desde principios del Siglo XX. Entre los más lejanos antecedentes, está el artículo 23 del Pacto de la Sociedad de las Naciones, que se refería a la necesidad de crear condiciones de trabajo justas y humanas para hombres, mujeres y niños, sin distinción.

Del Tratado de Versalles, que puso fin a la Primera Guerra Mundial, surgió entre otras, la Organización Internacional del Trabajo (OIT), y posteriormente la labor de la Liga de las Naciones, que contribuyó a la protección de las minorías étnicas, idiomáticas o religiosas absorbidas por los nuevos Estados surgidos en la posguerra. Las Potencias Aliadas fomentaron la celebración de tratados especiales orientados a la protección de estas minorías. El primero fue firmado por los Aliados con Polonia, en Versalles, el 29 de junio de 1919 que sirvió de modelo a los subsiguientes temas en este campo.

Los signatarios se comprometieron a preservar la integridad étnica, idiomática y religiosa, incluyendo el derecho al uso oficial de su lengua, el de mantener escuelas y el de practicar su religión. Una cláusula especial, declaraba el reconocimiento de que las normas relacionadas con la protección de las minorías, constituían obligaciones de carácter internacional, colocándolas bajo la protección de la Liga de las Naciones, como sujetos de derechos directamente, y no por medio del reclamo de su Estado, para ser conocidas por un comité de la propia organización. El actual sistema de denuncia de violaciones a los derechos humanos sigue ese modelo, al reconocer al individuo como sujeto de Derecho Internacional.

En 1966 se adoptó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en su artículo 27 reconoce a las minorías étnicas, religiosas e idiomáticas el respeto del derecho *"que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo a tener*

su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma."

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, crea obligaciones positivas a cargo del Estado para procurar que la población, sin distinciones de raza o de cualquier índole, tenga una mejor educación, trabajo y salario justos, etc., aunque sin mencionar expresamente a las poblaciones autóctonas.

2. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial:

Artículo 2.

- b) Cada Estado parte se compromete a no fomentar, defender o apoyar la discriminación racial practicada por cualesquiera personas u organizaciones;
- d) Cada Estado Parte prohibirá y hará cesar por todos los medios apropiados incluso, si lo exigieran las circunstancias, medidas legislativas, la discriminación racial practicada por personas, grupos u organizaciones;

Artículo 3. Los Estados partes condenan especialmente la segregación racial y el apartheid y se comprometen a prevenir, prohibir y eliminar en los territorios bajo su jurisdicción todas las prácticas de esta naturaleza.

► Normas nacionales

La **Constitución Política de la República** tiene una normativa que protege y reconoce a los indígenas (artículos del 66 al 70). Otorgó plena personería y capacidad jurídica a sus comunidades para dirigir sus actividades y decidir sobre sus bienes.

Al ratificar el Convenio 169 define la necesidad de revisar la legislación secundaria para adaptarla a los requerimientos de dicho Convenio, puesto que el mismo, lejos de contener enfrentamientos con la Constitución, refleja los más caros valores de la nacionalidad democrática, desarrollando los derechos humanos de los indígenas y las indígenas guatemaltecas.

1. Constitución Política de la República de Guatemala:

Artículo 4. Libertad e igualdad. En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos...Los seres humanos deben guardar conducta fraternal entre sí.

Artículo 58. Identidad cultural. Se reconoce el derecho de las personas y de las comunidades a su identidad cultural de acuerdo a sus valores, su lengua y sus costumbres.

Artículo 66. Protección a grupos étnicos. Guatemala está formada por diversos grupos étnicos entre los que figuran los grupo indígenas de ascendencia maya. El Estado reconoce, respeta y promueve sus formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social, el uso del traje indígena en hombres y mujeres, idiomas y dialectos.

2. Legislación nacional:

Ley de Desarrollo Social. Establece la necesidad de:

- a) Promover el mejoramiento social, económico y cultural de la población indígena con miras a elevar sus condiciones de vida y a integrar las comunidades aborígenes al proceso de desarrollo;
- b) Servir de instrumento de coordinación entre las distintas instituciones públicas obligadas a la ejecución de obras y a la prestación de servicios en beneficio de las comunidades indígenas.

C. Análisis de casos, estadísticas y/o situaciones aplicables

► Caso

En una comunidad, se crea una Asociación de Desarrollo Indígena, que se encuentra avalada por el Fondo de Desarrollo Indígena – FODIGUA- en donde el requisito indispensable para ser miembro es que la persona sea indígena, para lo cual es la Junta Directiva nombrada por la comunidad quien determina si una persona es o no indígena para permitirle el ingreso.

Se presenta una persona a solicitar ingreso y se lo niegan porque la Junta Directiva no lo considera indígena, por lo que esta persona recurre ante FODIGUA para que le autorice ingresar como miembro de la Asociación en mención. Esta dependencia avala lo resuelto por la Asociación, por lo que la persona recurre a una ONG denominada “Defensoría Maya” a reclamar su derecho a ser integrante de dicha Asociación, la cual concluye “...que en el caso en estudio, independientemente de si la persona reúne o no los requisitos para ser beneficiario, se excluye a priori por encontrarse en una situación o circunstancia particular en la vida, y no se analiza si guarda una identidad cultural con respecto de la comunidad o no, y si ante la comunidad es considerado indígena...”

En conclusión, la Defensoría Maya considera que tanto la Junta Directiva de la Asociación como FODIGUA violentaron el Convenio 169 de la OIT, por definirse a priori requisitos de exclusión y por no respetar el principio de que la identificación la hace el pueblo indígena o la propia persona. Así, si para la voluntad general no reúne los requisitos, no podrá ser beneficiario; pero si hay autoidentificación, no puede ser excluido de ninguno de los derechos reconocidos a los indígenas.

► Preguntas

Seleccione las respuestas que le parecen correctas y justifique su selección!

- ¿Quiénes son los que pueden identificar a una persona como indígena?

A) La comunidad
B) La alcaldía
C) El juez
D) La persona misma
E) Una organización no gubernamental

Justificación: _____

- ¿Cuáles procedimientos debieron adoptar las autoridades?

A) La Junta Directiva: Aceptar la solicitud
B) La Junta Directiva: Hacer una reunión con la comunidad en que participe el solicitante y decidir su pedido
C) FODIGUA: Consultar el caso con la Junta Directiva y asesorarla
D) FODIGUA: Decidir ellos en base a la documentación del caso

Justificación: _____

- ¿Cómo calificaría/tipificaría el incidente?

A) Discriminación (aplica la Ley en contra de todas las formas de Discriminación?)
B) Está comprendido en el artículo 66 de la Constitución
C) No tiene correspondencia en la legislación por lo que no puede ser tratado judicialmente
D) Está comprendido en el Convenio 169

Justificación: _____

- ¿Cuál sería su acción como juez?

A) No hay nada que hacer
B) Aplico el Código Penal Art.....
C) Acepto la demanda en contra de los miembros de la Asociación de Desarrollo indígena
D) Aconsejo que el caso sea considerado en una instancia de resolución de conflictos
E) Otro

Justificación: _____



Capítulo 2

IDENTIDAD, INTEGRIDAD DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y DESARROLLO CON PERTINENCIA CULTURAL EN EL MARCO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Artículo 2

1.- Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad.

2.- Esta acción deberá incluir medidas:

- a) que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población;*
- b) que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones;*
- c) que ayuden a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida.*

Artículo 3

1.- Los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación. Las disposiciones de este Convenio se aplicarán sin discriminación a los hombres y mujeres de esos pueblos.

2.- 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.

Artículo 4

1.- Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados.

2.- Tales medidas especiales no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados.

3.- El goce sin discriminación de los derechos generales de ciudadanía no deberá sufrir menoscabo alguno como consecuencia de tales medidas especiales.

A. Doctrina y consideraciones generales

Los artículos abarcados en esta parte hacen hincapié en el ejercicio de los derechos humanos bajo la especial atención de:

- La participación y coordinación de las acciones estatales con los pueblos indígenas;
- la igualdad en el goce de los derechos humanos y entre hombres y mujeres;
- el desarrollo compatible con sus formas de vida e identidad cultural;
- la protección de la integridad de los pueblos indígenas y;
- la promoción de los derechos económicos sociales y culturales.

Desde el punto de vista de su responsabilidad jurídica internacional, el Estado con relación a los derechos humanos tiene las siguientes obligaciones que debe atender igualmente con respecto a los pueblos indígenas

► Responsabilidad del Estado en materia de derechos humanos

(Art. 2. y 152 a 156 de la Constitución Política)

- Obligación de **respetar** los derechos humanos y libertades fundamentales
- Obligación de **legislar** en derechos humanos de acuerdo a la Constitución y los tratados internacionales en la materia.
- Obligación de **crear la institucionalidad correspondiente** y fortalecerla para que proteja y promueva efectivamente los derechos humanos.
- Obligación de **promover** los derechos humanos en la sociedad a través de programas y políticas:
 - obligación de difundir la legislación y **educar** en derechos humanos,
 - obligación de **capacitar a los funcionarios públicos** en derechos humanos.
- Obligación de **proteger** los derechos humanos:
 - obligación de investigar violaciones a los derechos humanos,
 - obligación a sancionar a sus autores,

-
- obligación a indemnizar a las víctimas y/o sus familiares,
 - obligación de restituir el derecho violado ,
 - obligación a ampliar paulatinamente la protección legal e institucional.

► Respeto de la integridad de los pueblos indígenas

Integridad: se refiere en el ámbito individual a la integridad física y psíquica, intelectual y emocional de la persona. En el ámbito colectivo es referida a pueblos y se refiere a su supervivencia como tales y la de sus integrantes.

La integridad física y psíquica y la referente a los pueblos está protegida por el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención para la Prevención y Sanción del Genocidio y el artículo 3 de la Constitución Política de Guatemala.

La integridad de los pueblos indígenas incluye:

- Su permanencia e integridad como pueblos, lo que incluye la atención de la figura del genocidio, crimen de lesa humanidad tipificado y prohibido a través de Convención para la Prevención y la Sanción del Delito del Genocidio, reflejado en el Art. 376 del Código Penal;
- respeto de la voluntad propia de los pueblos indígenas y prohibición del uso de la fuerza y de la coerción que violen derechos humanos;
- respeto de su identidad, idioma, costumbres, tradiciones;
- salvaguardar a las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados.

► Igualdad y no discriminación

La igualdad es un derecho en el sentido del Artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y un principio de la aplicación de los derechos humanos y significa básicamente **“Todos los derechos humanos para todos”**⁷, en específico quiere decir:

- Respeto de los derechos humanos en pie de igualdad con los demás sectores de la sociedad.
- Efectiva implementación de la igualdad ante la ley.
- Goce de las mismas oportunidades en todas las esferas (política, social, económica).
- Mejora del nivel de vida a través de realización de derechos económicos, sociales y culturales para igualarlo a los demás sectores en el país.
- Igualdad en la diversidad: respeto de la diversidad y de las diferencias culturales en los programas de desarrollo, a través del respeto de la identidad.

⁷ Mary Robinson, ex Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos”.

-
- Medidas especiales/afirmativas para equiparar grupos de la población en desventaja por su vulnerabilidad o la discriminación a la que están expuestos, con los demás miembros de la población.

► **Derechos humanos y derechos específicos de los pueblos indígenas**

Las personas que integran los pueblos indígenas y el colectivo del pueblo indígena son titulares de todos los derechos humanos reconocidos en la Constitución y los tratados.

La igualdad ante la ley es un principio y derecho fundamental del ser humano, pero no ha sido suficiente para remediar la real desigualdad entre los diferentes grupos humanos, pues no responde eficazmente a situaciones sociales específicas, como la discriminación, exclusión, marginación y otras que surgen por la diferencia y la existencia del poder de unos sobre otros. Por esta razón, hoy en día grupos de personas disminuidas en sus derechos fundamentales gozan en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos de derechos específicos y los Estados pueden decidir medidas especiales y acciones afirmativas para reforzar y apoyar la superación de las desigualdades. La protección jurídica por determinadas condiciones (niñas/os, tercera edad, discapacidad, indígenas, personas de diferentes etnias, entre otros), ha sido un tema de constante preocupación por la comunidad jurídica internacional. En este sentido, el Convenio 169 brinda las directrices para superar las desigualdades que sufren los indígenas frente a otros sectores de la población.

El Convenio 169, hace hincapié en la situación específica de discriminación, marginación y exclusión de los pueblos indígenas y tribales, por lo que les reconoce derechos específicos. El reconocimiento de derechos específicos tiene el propósito de contribuir a equiparar los pueblos indígenas con los demás sectores de la sociedad y así contribuir a la plena realización de sus derechos humanos.

Además se refieren estos derechos específicos a los derechos colectivos propios de los pueblos indígenas (derecho a la tierra, a su propia cultura, idioma, espiritualidad, y otros) que no estarían relacionados a la intención de equiparación o una temporalidad determinada, sino aluden al carácter permanente de los indígenas como pueblos y a su forma de vida específica que la distingue de los demás sectores de la sociedad.

En general, los derechos específicos persiguen dos intenciones:

- Primero, superar la discriminación y lograr la equiparación de determinados grupos sociales frente a otros más aventajados,
- en segundo lugar, reflejan características propias de estos grupos que no se invalidan cuando se supera la discriminación.

Para ejemplificar, se podría citar la especial protección de la maternidad como un derecho específico de la mujer que conservaría siempre, mientras, el derecho al acceso a créditos, trabajo, educación, claramente se debe a su actual situación de discriminación basado en su sexo.

Por lo tanto, la Constitución Política de la República de Guatemala debe interpretarse y aplicarse de forma que permita y facilite la vida y desarrollo integrales de todos los ciudadanos y ciudadanas y ello debe incluir a los pueblos indígenas y otros grupos que habitan en Guatemala. Por la situación específica de los pueblos indígenas, les dedica un apartado especial en los artículos 66 a 70 donde se refiere a los derechos de las comunidades indígenas y parte de que:

“El Estado reconoce, respeta y promueve sus formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social, el uso del traje indígena en hombres y mujeres, idiomas y dialectos.” (Artículo 66)

Esta disposición en su sencillez y claridad tiene un amplio alcance, ya que de hecho fundamenta el derecho al propio derecho y costumbres para resolver conflictos ejercidos por sus autoridades tradicionales. El derecho a los propios idiomas, en conjunto con el artículo 90 del Código Procesal Penal, establece la obligación de la administración de la justicia de proveer a un traductor a las personas que no hablan el idioma oficial. Como precepto constitucional el Artículo 66 está por encima de la legislación y no necesariamente requiere del desarrollo legal para ser aplicado por el operador de la justicia.

➤ **El Estado debe contribuir a la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales de los pueblos indígenas**

La situación de marginación, exclusión y discriminación los pueblos indígenas en el mundo sobre todo se manifiesta en la pobreza y el escaso acceso a los servicios públicos esenciales en educación, salud, trabajo, tierras y otros más. Por lo tanto el Convenio 169 es uno de los instrumentos internacionales en derechos humanos que promueve la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales y con ello su potencial justiciabilidad. Aunque hoy en día exista escasa legislación en Guatemala para lograr que el Estado haga efectiva la protección de la mayoría de los derechos económicos, sociales y culturales, éstos constituyen derechos constitucionales para toda la población y en la esfera del trabajo se basan tanto en la legislación laboral interna como en los 67 Convenios de la OIT vigentes en Guatemala. El juez de lo laboral debe conocer estas normas y aplicarlas como derecho interno vigente.⁸

⁸ Véase el tomo 1 de Guatemala: Leyes y Regulaciones en materia indígena (1944-2001), de Jorge Edwin Flores Suárez, editado por la OIT en 2002, Serie Normativa y Jurisprudencia Indígena No 4.

La Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena en 1993 subrayó el estrecho **nexo entre Desarrollo, Democracia y Derechos Humanos** y reafirmó la **interdependencia entre todos los derechos humanos**.

La promoción y protección de los derechos económicos sociales y culturales es una base insoslayable para el desarrollo. La **Declaración de las Naciones Unidas sobre el Derecho al Desarrollo** ⁹ define el desarrollo como:

“...Un proceso global económico, social, cultural y político, que tiende al mejoramiento constante del bienestar de toda la población y de todos los individuos sobre la base de su participación activa, libre y significativa en el desarrollo y en la distribución justa de los beneficios que de él derivan.”

En su artículo 1.1. destaca que:

“el derecho al desarrollo es un derecho humano inalienable en virtud del cual todo ser humano y todos los pueblos están facultados para participar en un desarrollo económico, social, cultural y político en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales, a contribuir a ese desarrollo y a disfrutar de él.”

El Convenio 169 también enfatiza el desarrollo en cuanto estableció las formas de participación y expresión de la voluntad democrática de los pueblos indígenas, la mejora de su bienestar y el pleno goce de todos los derechos humanos.

El reciente informe sobre La Democracia en América Latina¹⁰ establece el triángulo democracia, pobreza y desigualdad y afirma la necesidad de la viabilidad económica de la democracia que permita atacar la pobreza y la desigualdad. La democracia es inviable en la pobreza y extrema pobreza que constituyen obstáculos serios para el avance de la misma. La cara de la pobreza en Guatemala es preponderantemente rural, indígena y femenina. La realización de los derechos económicos, sociales y culturales es por ello un reto importante para las personas afectadas y un aporte a la justicia en su dimensión social.

Estos derechos económicos, sociales y culturales –en el ámbito indígena- se realizan a través del acceso a la tierra, medio de producción de mayor importancia para los indígenas, participación en el uso de los recursos naturales y políticas de medio ambiente, derechos laborales en el sector agrícola y comercial, la educación y capacitación profesional, la asistencia técnica y servicios de salud y de otra índole, como los progresos técnicos: agua potable, electricidad y comunicaciones.

⁹ Adoptada por la Asamblea General en su resolución 41/128 de 4 de diciembre de 1986.

¹⁰ La Democracia en América Latina. Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos, PNUD, Mayo 2004, pp. 36-39.

Muchas veces la negación de estos derechos recibe respuesta en reclamos judicialmente presentados por las comunidades afectadas u organizaciones que los representan. El Organismo Judicial debe atender estos reclamos en el marco del Convenio 169 cuyas normas tienen carácter jurídico y están por encima de la legislación. Esto no es, sin embargo, la realidad e intereses poderosos intervienen en las resoluciones de esos conflictos. Su no resolución aumenta la conflictividad social y la violencia. Es requerida una seria reflexión entre los tres poderes sobre vías de enfrentar esta situación, creando leyes que sean respetuosas al Convenio 169, diseñando políticas para resolver los conflictos en el agro y una nueva justicia que abra el acceso a los pueblos indígenas en igualdad de condiciones y respetando sus derechos.

Resumiendo, resulta importante considerar:

- a) Que es necesario reconocer a los indígenas condiciones jurídicamente garantizadas, mediante las cuales se logren compensar la desigualdad y discriminación a que estén sometidos, con el propósito de garantizar su real y efectiva igualdad en todos los aspectos de la vida social y la plenitud de sus derechos humanos;
- c) Que la pluralidad y la coexistencia de diferentes culturas en un país, es riqueza, más que una limitación del desarrollo nacional, si se logra construir una nación de iguales, sin la predominancia de ningún grupo en especial. En este contexto, respetar las expresiones políticas, culturales, jurídicas y sociales de los pueblos indígenas, reconociendo su permanencia histórica, aporta a la construcción de la nación guatemalteca.
- d) Sin perjuicio de lo anterior, debe también reconocerse a los indígenas las oportunidades y medios necesarios para acceder, libre y dignamente, a los beneficios materiales, intelectuales, tecnológicos, científicos y de otra índole que son patrimonio de los demás sectores de la población y de la humanidad en general.
- e) La vía para lograrlo son el respeto, promoción y protección de todos los derechos humanos y los derechos específicos que concede este Convenio en aras de facilitar los primeros, la participación democrática y en el desarrollo del país.

El Organismo Judicial ha de aportar en su campo, en cuanto acceso a la justicia, efectiva resolución de los conflictos y la aplicación de la igualdad ante la ley, integrando los derechos humanos en su instrumentario jurídico.

B. Normas aplicables

► Normas internacionales

1. *Declaración Universal de Derechos Humanos:*

Artículo 1. Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

Artículo 2.

1. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamadas en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.
2. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica, o internacional del país o territorios de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.

Artículo 3. Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

Artículo 4. Nadie será sometido a esclavitud ni a servidumbre; la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas.

Artículo 7. Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

Artículo 18. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia.

Artículo 19. Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.

Artículo 22. Toda persona como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.

Artículo 25.

1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.
2. La maternidad y la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especial. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio tienen derecho a igual protección social.

Artículo 27.

1. Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten.
2. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

Artículo 28. Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos.

2. *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial:*

Artículo 1.1. En la presente Convención la expresión "discriminación racial" denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o

menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas políticas, económica, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.

Artículo 3. Los Estados partes condenan especialmente la segregación racial y el *apartheid* y se comprometen a prevenir, prohibir y eliminar en los territorios bajo su jurisdicción todas las prácticas de esta naturaleza.

Artículo 4.

- b) Declararán ilegales y prohibirán las organizaciones, así como las actividades organizadas de propaganda y toda otra actividad de propaganda, que promuevan la discriminación racial e inciten a ella, y reconocerán que la participación en tales organizaciones o en tales actividades constituye un delito penado por la ley;
- c) No permitirán que las autoridades ni las instituciones públicas nacionales o locales promuevan la discriminación racial o inciten a ella.

Artículo 5....los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes:

- e) Los derechos económicos, sociales y culturales, en particular: i)...vi) El derecho a participar, en condiciones de igualdad, en las actividades culturales;
- f) El derecho de acceso a todos los lugares y servicios destinados al uso público, tales como los medios de transporte, hoteles, restaurantes, cafés, espectáculos y parques.

3. Convención sobre la Prevención y Sanción del Genocidio:

Artículo 2. En la presente Convención, se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal:

- a) Matanza de miembros del grupo;
- b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros de grupo;
- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
- d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo;
- e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo.

Normas nacionales

1. Constitución Política de la República:

Artículo 1. Protección a la persona. El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia; su fin supremo es la realización del bien común.

Artículo 2.- Deberes del Estado. Es deber del Estado garantizarle a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona.

Artículo 3. Derecho a la vida. El estado protege la vida humana desde su concepción, así como la integridad y la seguridad de la persona.

Artículo 4.- Libertad e igualdad. En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos. El hombre y la mujer, cualquiera que sea su estado civil, tienen iguales oportunidades y responsabilidades. Ninguna persona puede ser sometida a servidumbre ni a otra condición que menoscabe su dignidad. Los seres humanos deben guardar conducta fraternal entre sí.

Artículo 5.- Libertad de acción. Toda persona tiene derecho a hacer lo que la ley no prohíbe; no está obligada a acatar órdenes que no estén basadas en ley y emitidas conforme a ella. Tampoco podrá ser perseguida ni molestada por sus opiniones o por actos que no impliquen infracción a la misma.

Artículo 35.- Libertad de emisión del pensamiento. Es libre la emisión del pensamiento por cualesquiera medios de difusión, sin censura ni licencia previa.

Artículo 36.- Libertad de religión. El ejercicio de todas las religiones es libre. Toda persona tiene derecho a practicar su religión o creencia, tanto en público como en privado, por medio de la enseñanza, el culto y la observancia, sin más límites que el orden público y el respeto debido a la dignidad de la jerarquía y a los fieles de otros credos.

Artículo 57.- Derecho a la cultura. Toda persona tiene derecho a participar libremente en la vida cultural y artística de la comunidad...

Artículo 58.- Identidad cultural. Se reconoce el derecho de las personas y de las comunidades a su identidad cultural de acuerdo a sus valores, su lengua y sus costumbres.

Artículo 66.- Protección a grupos étnicos. Guatemala está formada por diversos grupos étnicos entre los que figuran los grupos indígenas de ascendencia maya. El Estado reconoce, respeta y promueve sus formas de vida, costumbres, tradición es, formas de organización social, el uso del traje indígena en hombres y mujeres, idiomas y dialectos.

Artículo 152. Poder Público. El poder proviene del pueblo. Su ejercicio está sujeto a las limitaciones señaladas por esta Constitución y la ley.

Ninguna persona, sector del pueblo, fuerza armada o política, puede arrogarse su ejercicio.

Artículo 153. Imperio de la ley. El imperio de la ley se extiende a todas las personas que se encuentren en el territorio de la República.

Artículo 154. Función pública; sujeción a la ley. Los funcionarios son depositarios de la autoridad, responsables legalmente por su conducta oficial, sujetos a la ley y jamás superiores a ella.

Los funcionarios y empleados públicos están al servicio del Estado y no de partido político alguno.

La función pública no es delegable, excepto en los casos señalados por la ley, y no podrá ejercerse sin prestar previamente juramento de fidelidad a la Constitución.

Artículo 155. Responsabilidad por infracción a la ley. Cuando un dignatario, funcionario o trabajador del Estado, en el ejercicio de su cargo, infrinja la ley en perjuicio de particulares, el Estado o la institución estatal a quien sirva, será solidariamente responsable por los daños y perjuicios que se causaren.

La responsabilidad civil de los funcionario y empleados públicos, podrá deducirse mientras no se hubiere consumado la prescripción, cuyo término será de veinte años.

La responsabilidad criminal se extingue, en este caso, por el transcurso del doble del tiempo señalado por la ley para la prescripción de la pena.

Ni los guatemaltecos ni los extranjeros, podrán reclamar al Estado, indemnización por daños o perjuicios causados por movimientos armados o disturbios civiles.

Artículo 156. No obligatoriedad de órdenes ilegales. Ningún funcionarios o empleado público, civil o militar, está obligado a cumplir órdenes manifiestamente ilegales o que impliquen la comisión de un delito.

2. Legislación nacional:

Código Penal:

Artículo 376. Genocidio. Comete delito de genocidio quien, con el propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico o religioso, efectuare cualquiera de los siguientes hechos:

- 1°. Muerte de miembros del grupo;
- 2°. Lesión que afecte gravemente la integridad física o mental miembros del grupo;
- 3°. Sometimiento del grupo o de miembros del mismo, a condiciones de existencia que pueda producir su destrucción física, total o parcial;
- 4°. Desplazamiento compulsivo de niños o adultos del grupo, a otro grupo;
- 5°. Medidas destinadas a esterilizar a miembros del grupo o de cualquier otra manera impedir su reproducción;

“El responsable de genocidio será sancionado con prisión de 30 a 50 años.”¹¹

C. Análisis de casos, estadísticas y/o situaciones aplicables

► Caso

Después de la crisis organizacional y las denuncias de discriminación hechas por las ex-Rabi'n Ajau (La Hija del Creador y Formador) durante el Festival Nacional Rabi'n Ajau realizado en el año 2001 y frente a las observaciones hechas por dirigentes indígenas tanto en el encuentro departamental de Alta Verapaz celebrado el 24 de abril de 2002 y en el encuentro Nacional de Panajachel celebrado el 26 y 27 de junio de 2002, la Oficina Regional de la Misión de Naciones Unidas para Guatemala –MINUGUA– en Cobán, Alta Verapaz, ha realizado diversas entrevistas a actores claves de las organizaciones indígenas y a miembros de la nueva Comisión del Festival sobre las posiciones con relación a la reingeniería y/o cancelación de dicho evento.

Este festival nació el año 1968, con un número reducido de participantes. Paulatinamente ha ido incrementándose el número de las concursantes, a la vez, la comisión, formada por personajes ladinos (o no indígenas), ha ido recibiendo mayor apoyo tanto financiero como logístico. Según informaciones primarias, en los '80s el evento llega a su apogeo con una participación de delegaciones de todos los departamentos del país y la presencia de agrupaciones culturales de diversos países, entre ellos de Japón, de Centro América y México.

En la medida que se incrementaba la participación de las mujeres indígenas, nacía una conciencia de reivindicación cultural entre las reinas indígenas, quienes en algunas ocasiones expresaron su malestar contra la estructura discriminatoria del Estado y la necesidad del cumplimiento de los Acuerdos de Paz. Este descontento llega a su límite, cuando en el año 2001 (XXXIII Festival), sobre la base de un mal manejo de la Comisión

¹¹ Reformado según Artículo 13 del Decreto 20-96 del 7/5/96.

Calificadora, las reinas indígenas denunciaron públicamente los actos de discriminación que sufrieron, la utilización como objetos para incrementar el turismo, los maltratos durante el festival, la apropiación ilícita de los recursos que se recaudan con el Festival etc. Esta crisis obliga a la Corporación Municipal de Cobán para que declarara desierta la elección de la Rabi'n Ajau, a su vez, la renuncia en pleno de toda la Comisión Organizadora del Festival.

Sin embargo, después de dos talleres en el mes de abril del año 2002, promovidos por la corporación municipal de Cobán, se relanza la organización del Festival, para lo cual, en mayo del año 2003, se forma una nueva comisión organizadora integrada por nueve personas mayormente profesionales indígenas, y más de 30 personas de apoyo organizadas en 18 comisiones; a la vez, se nombra un gerente encargado de la gestión administrativa y financiera del Festival.

La demanda de las Rabi'n Ajau, de las participantes y de las y los indígenas que requieren que la organización del Festival sea realizada por los y las mismas indígenas, se fundamenta en el derecho a crear y participar en instancias que fomenten su cultura y respete sus derechos a la libre autodeterminación.

► Preguntas

Seleccione las respuestas que le parecen correctas y justifique su selección!

- Los funcionarios de los gobiernos locales:
 - A) Deben conocer las costumbres del lugar y considerarlas en sus programas
 - B) Consideran que son costumbres de los indígenas y no afectan al gobierno local
 - C) Consideran que estos eventos son de atracción turística y deben ser apoyados porque traen ingresos

- ¿La situación relatada afecta qué derechos?
 - A) A la identidad cultural y su propia cultura
 - B) A la participación en la vida cultural
 - C) A la igualdad y no discriminación
 - D) A la diversidad cultural
 - E) Otros

- ¿Qué aconsejaría a las autoridades locales?
 - A) Que organicen en conjunto con la comunidad y con su expreso acuerdo todos los asuntos del evento.
 - B) Que consulten a la comunidad sobre los asuntos financieros, pero dejen que haga la comunidad el evento cómo le parezca mejor.

C) Que no se metan

Capítulo 3

DERECHO AL RECONOCIMIENTO Y LA PROTECCIÓN DE LOS VALORES Y PRÁCTICAS SOCIALES, CULTURALES, RELIGIOSAS Y ESPIRITUALES PROPIOS

Artículo 5

Al aplicar las disposiciones del presente Convenio:

- a) deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente;*
- b) deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos;*
- c) deberán adoptarse, con la participación y cooperación de los pueblos interesados, medidas encaminadas a allanar las dificultades que experimenten dichos pueblos al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo.*

A. Doctrina y consideraciones generales

► Derecho a valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios

La evangelización y posteriormente el proceso de la colonización, sobre todo, fueron dirigidos a destruir, modificar y adaptar los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de los pueblos indígenas a la sociedad impuesta. Símbolos de ello eran por ejemplo, el que Iglesias católicas fueron construidas sobre templos y lugares sagrados indígenas, la quema de escrituras y los bautizos masivos y forzosos, la posterior entrada de la Inquisición a las colonias.

Sin embargo, en amplias partes de América Latina, la espiritualidad y la permanencia de las creencias religiosas y el mismo sincretismo con relación a la religión católica demuestran que los valores culturales de los pueblos indígenas están vivos. Una vez que la tendencia asimilacionista en el derecho internacional fue sustituida por el reconocimiento y el respeto de la identidad cultural en el Convenio 169, uno de los principales derechos de los pueblos indígenas es el a su propia cultura, espiritualidad y religión. Obviamente, la espiritualidad es un concepto más amplio que la religión, incluye el sistema de valores, los conocimientos y prácticas sociales.

Sin embargo es el derecho a la libertad religiosa y de culto el que la Constitución guatemalteca reconoce explícitamente. En el marco del racismo y la discriminación reinante, las religiones y cultos religiosos indígenas fueron despreciados, dependiendo del punto de vista, como brujería, charlatanería o superstición, y sus autoridades, guías espirituales y sacerdotes fueron perseguidos, humillados y no reconocidos en su función de liderazgo comunitario.

Correspondientemente, no se permitió o se limitó considerablemente el ejercicio libre de la religiosidad indígena, sobre todo si los lugares sagrados se encontraron sobre terreno de las iglesias católicas, fincas privadas o parques nacionales/áreas protegidas. Por lo tanto, el Acuerdo de paz sobre identidad y derechos de los pueblos indígenas estableció una comisión integrada por representantes del Gobierno, de las organizaciones indígenas y de guías espirituales que trabajó entre los años 1997 y 2000 en la discusión de una propuesta de reforma al artículo 66 de la Constitución y de un reglamento para la protección de los centros ceremoniales en zonas arqueológicas, así como en la definición

de los demás lugares sagrados y el régimen de su preservación. La Comisión no consiguió llegar a consensos respecto de varios puntos de esta materia y no ha continuado sus labores. Una disposición administrativa, el Acuerdo Ministerial de Acceso a los Lugares Sagrados del Ministerio de Cultura y Deporte fue emitida para regular la materia. Una ley está pendiente de concertarse para ser aprobada en el Congreso de la República.

En consecuencia, se trataría entonces, reconocer la dimensión religiosa y espiritual de los pueblos indígenas bajo la libertad constitucional de religión y culto. Referencia a la materia también hace la Ley para la Protección del Patrimonio Cultural de la Nación, Decreto 26/97 Art. 53, sobre la prohibición de menoscabar la cultura tradicional de los pueblos indígenas.

El informe publicado en 1989 de la **Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones** indica que:

"...la religión puede definirse como una explicación del sentido de la vida y un modo de vivir con arreglo a él. Toda religión tiene por lo menos un credo, un código de conducta y un culto."

Por su parte, el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, reconoce la necesidad de prestar particular atención a las creencias de los pueblos autóctonos.

El **Comité de Derechos Humanos en su Observación General No.22** establece *"...El concepto de culto se extiende a los actos rituales y ceremoniales con los que se manifiestan directamente las creencias, así como a las diversas prácticas que son parte integrante de tales actos, comprendidos la construcción de lugares de culto, el empleo de fórmulas y objetos rituales, la exhibición de símbolos y la observancia de las fiestas religiosas y los días de asueto..."*

El **Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas**, en particular, se refiere a los derechos culturales, indicando:

1. Se reconoce el valor histórico y la proyección actual de los templos y centros ceremoniales como parte de la herencia cultural, histórica y espiritual maya y de los demás pueblos indígenas.

Templos y centros ceremoniales situados en zonas protegidas por el Estado como arqueológicas

2. De conformidad con la Constitución Política de la República, forman parte del Patrimonio Cultural Nacional los templos y centros ceremoniales de valor arqueológico. Como tales, son bienes del Estado y deben ser protegidos. En este contexto, deberá asegurarse que no se vulnere ese precepto en el caso de templos y centros ceremoniales de valor arqueológico que se encuentren o descubran en propiedad privada.
3. Se reconoce el derecho de los pueblos mayas, garífuna y xinca de participar en la conservación y administración de estos lugares. Para garantizar este derecho, el Gobierno se compromete a impulsar, con la participación de los pueblos indígenas, las medidas legales que aseguren una redefinición de las entidades del Estado encargadas de esta función que haga efectivo este derecho.
4. Se modificará la reglamentación para la protección de los centros ceremoniales en zonas arqueológicas a efecto que dicha reglamentación posibilite la práctica de la espiritualidad y no pueda constituirse en un impedimento para el ejercicio de la misma. El Gobierno promoverá, conjuntamente con las organizaciones espirituales indígenas, un reglamento del acceso a dichos centros ceremoniales que garantice la libre práctica de la espiritualidad indígena dentro de las condiciones de respeto requeridas por los guías espirituales.

Lugares sagrados

5. Se reconoce la existencia de otros lugares sagrados donde se ejerce tradicionalmente la espiritualidad indígena, y en particular maya, que deben ser preservados. Para ello, se creará una comisión integrada por representantes del Gobierno y de las organizaciones indígenas, y de guías espirituales indígenas para definir estos lugares, así como el régimen de su preservación.

El Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, dijo en su informe del año 2002 a la Comisión de Derechos Humanos lo siguiente:

“67. La preservación de las culturas indígenas (incluidos los elementos tangibles y los intangibles, las artes y los objetos artesanales, las tradiciones, los sistemas de conocimiento, los derechos de propiedad intelectual, la ordenación de los ecosistemas, la espiritualidad, etc.), es un componente esencial de un conjunto global de derechos humanos de los indígenas. Esto puede parecer

obvio para cualquiera que dé por sentados los derechos culturales según figuran en la Carta Internacional de Derechos Humanos. Sin embargo, la preservación de las culturas indígenas no es en modo alguno un proceso natural. Es más probable que sea a la inversa, puesto que, como se ha documentado en la bibliografía especializada sobre el tema, frecuentemente se han elaborado políticas públicas para eliminar y transformar las culturas indígenas porque su existencia se ha considerado como nociva para la idea del desarrollo y la integración nacional. Muchos países adoptaron políticas específicas para "asimilar" a los pueblos indígenas en la cultura "nacional" más amplia en el marco de una modernización cultural y social. Aunque esas ideas no cuentan ya con el apoyo que solían tener y cada vez son más los Estados que adoptan posturas favorables al multiculturalismo, todavía hay numerosos casos en que las culturas de los pueblos indígenas se enfrentan a fuertes presiones externas para que cambien, cuando no se encuentran verdaderamente al borde de la extinción.

68. La idea del multiculturalismo no entraña la preservación artificial de las culturas indígenas (o tribales) en algún tipo de museo, sino únicamente el derecho de toda comunidad humana a vivir con arreglo a las normas y visiones de su propia cultura. *Algunas culturas cambian a lo largo del tiempo, pero sólo el tiempo dirá si alguna vez existirá una cultura universal o varias culturas locales, regionales, étnicas y nacionales interrelacionadas. Desde una perspectiva de derechos humanos, es evidente que el sujeto de los derechos culturales es el individuo, aunque esos derechos únicamente pueden disfrutarse plenamente por todas las personas en comunidad con otros miembros del grupo. Así pues, los indígenas piden garantías de que sus culturas recibirán el respeto y la consideración de que gozan otros grupos de la sociedad y de que disfrutarán de libertad para desarrollar su creatividad cultural en comunión con otros miembros de su grupo.*¹²

En su informe sobre su visita a Guatemala en el mismo año, hace referencia al tema que nos interesa de la siguiente forma:

40. "El Relator fue informado de que, si bien se han experimentado progresos en el nivel de tolerancia de la sociedad en su conjunto frente a los rituales indígenas - lo cual ha posibilitado que éstas prácticas dejen de ser clandestinas - permanecen una serie de obstáculos y amenazas que dificultan el goce de este derecho. En particular se señaló reiteradamente que algunos miembros (del clero)

¹² E/CN.4/2002/97, 4 de Febrero del 2002.

*la jerarquía (católico(a) y evangélico (a)) impiden el uso de los lugares ceremoniales tradicionales que se localizan en las inmediaciones de las iglesias y templos; que propietarios privados de tierras agrícolas dificultan el paso hacia lugares sagrados ubicados dentro de sus linderos; que la fuerza pública persigue y decomisa la recolección de productos naturales utilizados en las ceremonias indígenas (como resinas forestales y plantas medicinales); que algunas obras de captación y distribución de agua en el medio rural afectan las nacientes y manantiales que son considerados lugares de especial relevancia espiritual por los indígenas. Los conflictos que se derivan de estas tensiones son tratados por los operadores judiciales como cuestiones de carácter penal y conducen con frecuencia a enfrentamientos violentos entre los involucrados".*¹³

► Conclusión

Referente a la aplicación de la ley, la atención al reconocimiento del derecho a la propia cultura, espiritualidad, valores y prácticas sociales encuentra su base legal en el Convenio 169 y en la Constitución y constituye un compromiso de los Acuerdos de Paz. Los avances que han habido en el último tiempo en el seno del Organismo Judicial en respetar y hacer respetar la espiritualidad y culturas indígenas, se manifiestan ya en sentencias concretas que sientan bases para la jurisprudencia nacional.

Así en 2003 el caso "Cusha"¹⁴ (Santiago de Atitlán) llamó la atención en que se utilizó por parte de la defensa el peritaje cultural como anticipo de prueba, en base a los artículos 225 del Código Procesal Penal y del Artículo 5 del convenio 169 de la OIT. El peritaje fue realizado por un sacerdote maya y estableció el uso ceremonial en prácticas religiosas de la cusha, por lo que el fiscal y el defensor solicitaron el sobreseimiento del caso por falta de mérito, citando el artículo 8 del Convenio 169 de la OIT, lo que en la resolución del Juzgado de Primera Instancia Penal fue ratificado.

Otro caso conocido es el caso "Pom"¹⁵ de Santa Lucía Utatlán. Entre fines del 2001 y principios del 2002, unas tres personas iban cargando 3 costales de *pom* y los paró la PNC, no tenían licencia para trasladar el recurso de un lado a otro, el mismo fue decomisado y ellos llevados presos. El *pom* era para una ceremonia maya que iban a realizar en Cobán, Alta Verapaz. La PDH intentó mediar ante el Juez. Finalmente salieron libres pero no se les devolvió el *pom*. El Juez de Paz les pedía la patente de comercio.

¹³ E/CN.4/2003/90/Add.2. 8 de enero de 2003

¹⁴ Bebida fermentado, tradicional del pueblo maya, elaborada a base de maíz y otros ingredientes naturales. Utilizada generalmente en: "a) curar enfermos, utilizado como anestesia, por los sacerdotes mayas; b) compartir en las fiestas ceremoniales y rituales..." (audiencia de peritaje cultural 19/02/03).

¹⁵ Incienso ritual extraído de árboles del bosque

B. Normas aplicables

► Normas internacionales

1. *Declaración Universal de Derechos Humanos:*

Artículo 18. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia.

2. *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre:*

Artículo III. Derecho de libertad religiosa y de culto. Toda persona tiene el derecho de profesar libremente una creencia religiosa y de manifestarla y practicarla en público y en privado.

3. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:*

Artículo 18.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza.
2. Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección.

4. *Convención Americana sobre Derechos Humanos:*

Artículo 12. Libertad de conciencia y religión.

1. ...
2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias.

5. Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones:

Artículo 1.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Este derecho incluye la libertad de tener una religión o cualesquiera convicciones de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la observancia, la práctica y la enseñanza.
2. Nadie será objeto de coacción que pueda menoscabar su libertad de tener una religión o convicciones de su elección.
3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias convicciones estará sujeta únicamente a las limitaciones que prescriba la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

Artículo 3. La discriminación entre los seres humanos por motivos de religión o convicciones constituye una ofensa a la dignidad humana y una negación de los principios de la Carta de las Naciones Unidas, y debe ser condenada como una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y enunciados detalladamente en los Pactos internacionales de derechos humanos, y como un obstáculo para las relaciones amistosas y pacíficas entre las naciones.

► Normas nacionales

1. Constitución Política de la República de Guatemala:

Artículo 5. Libertad de acción. Toda persona tiene derecho a hacer lo que la ley no prohíbe; no está obligada a acatar órdenes que no estén basadas en ley y emitidas conforme a ella. Tampoco podrá ser perseguida ni molestada por sus opiniones o por actos que no impliquen infracción a la misma.

Artículo 36. Libertad de religión. El ejercicio de todas las religiones es libre. Toda persona tiene derecho a practicar su religión o creencia, tanto en público como en privado, por medio de la enseñanza, el culto y la observancia, sin más límites que el orden público y el respeto debido a la dignidad de la jerarquía y a los fieles de otros credos.

Artículo 44. Derechos inherentes a la persona humana. Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana.

El interés social prevalece sobre el interés particular.

Serán nulas *ipso jure* las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza.

Artículo 60. Patrimonio cultural. Forman el patrimonio cultural de la nación los bienes y valores paleontológicos, arqueológicos, históricos y artísticos del país y están bajo la protección del Estado. Se prohíbe su enajenación, exportación o alteración salvo los casos que determine la ley.

Artículo 61. Protección al patrimonio cultural. Los sitios arqueológicos, conjuntos monumentales y el Centro Cultural de Guatemala, recibirán atención especial del Estado, con el propósito de preservar sus características y resguardar su valor histórico y bienes culturales. Estarán sometidos a régimen especial de conservación el Parque Nacional Tikal, el Parque Arqueológico de Quiriguá y la ciudad de Antigua Guatemala, por haber sido declarados Patrimonio Mundial, así como aquellos que adquieran similar reconocimiento.

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

2. Acuerdo Ministerial Número 525-2002 de fecha 15 de noviembre de 2002 sobre Acceso a Lugares Sagrados :

Establece en su tercer considerando "Que en todo el territorio nacional se localizan sitios, monumentos, parques, complejos o centros arqueológicos, considerados como Lugares Sagrados por el Pueblo Maya de Guatemala, y en donde dicho pueblo ejercita su derecho a la práctica de su espiritualidad individual o colectivamente, y en concordancia con la ley ordinaria sobre protección del patrimonio cultural y natural de la nación, se hace necesario regularizar acciones conjuntas en cumplimiento del respeto a la vigencia del derecho específico y de la preservación y conservación del patrimonio de la nación."

Artículo 1. Los guías espirituales o Ajq'ijab', en lo individual o acompañados de grupo de personas de ascendencia Maya que practican su espiritualidad, podrán ingresar con el carné que los identificará a los Lugares Sagrados o Sitios, Monumentos, Parques, Complejos o Centros Arqueológicos que se localizan en todo el territorio nacional y que se encuentran bajo la jurisdicción legal del Ministerio de Cultura y Deportes, para la realización de sus ceremonias en los altares ubicados para el efecto, sin restricción alguna; salvo las normas de respeto, seguridad, higiene, limpieza y otras que deberán observarse para la protección y conservación de dichos lugares, que estarán contenidas en la normativa que para el efecto se elaborará.

C. Análisis de casos, estadísticas y/o situaciones aplicables

► Caso

En San Pedro Atitlán, Sololá, desde la llegada de los Españoles uno de los lugares dedicados para celebraciones espirituales quedó abandonado por completo, al extremo que se destruyó la infraestructura del sitio y únicamente se le dio importancia a la ciudad más reciente de los Tzutujiles denominado Chuitinamit, ubicado al norte del municipio de Santiago Atitlán, pueblo vecino del municipio de San Pedro la Laguna.

La ciudad fue destruida por una erupción del volcán de San Pedro y por ello se le denominó en idioma maya tz'utujil PANU' UL JAY, que significa casa entre derrumbes. Esto provocó el abandono del mismo y privatización del lugar. Actualmente se encuentra adjudicado a personas individuales y ha sido objeto de saqueo de piezas arqueológicas con el consentimiento del Estado, por lo que los guías espirituales mayas solicitaron a la municipalidad de la localidad, medidas cautelares por medio de un acuerdo municipal, lo que detuvo el saqueo del lugar.

Actualmente se impide el libre acceso de los guías y seguidores de la espiritualidad maya al lugar por los seis propietarios individuales del mismo, a la vez que se desconoce la organización de guías espirituales. El lugar tiene una extensión aproximada de 5 Kilómetros cuadrados y esta inscrito en el Registro de Bienes Culturales del Instituto de Antropología e Historia, con el nombre oficial de PANALUJAY.

Al evitar que el sitio pueda ser apreciado y valorado, se fomenta el deterioro de las estructuras arqueológicas prehispánicas, se atenta contra la identidad cultural de las comunidades indígenas tz'utujiles, kaqchikeles y k'iche's, comunidades que ancestralmente se asentaron en las riveras del lago de Atitlán.

La desvalorización de la cosmovisión en que se fundamentan los practicantes de la espiritualidad maya y la falta de oportunidad para transmitir los valores y principios de la misma, provocan un atentado contra la cultura maya.

Guatemala

Aldea El Zapotal, Izabal (1996), Discriminación a la cultura indígena (religión)

Un mujer fue detenida por personas que la acusaban de brujería porque estaba practicando rituales para mejorar la fertilidad de su terreno. Fue presentada al juez quien en lugar de abrir un caso por detención ilegal le impuso una multa de Q400. La víctima también fue violada en la estación policial.

► **Preguntas**

Responda las preguntas planteadas a continuación.

► ¿Qué debería hacer el Estado para promover el cumplimiento del artículo 5 del Convenio 169?

A) En materia legal _____

B) Para posibilitar el acceso de las autoridades espirituales a sus centros religiosos y culturales _____

C) En materia de decisión judicial _____

► ¿Si a usted como Juez (a) le presentarían una demanda en contra de los propietarios de la tierra en base al Convenio 169, cómo decidiría?

Capítulo 4

LA DEFINICIÓN DE LAS POLÍTICAS BÁSICAS DEL CONVENIO 169

Artículo 6

1.- Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

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

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

Artículo 7

1.- Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la

formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.

2.- El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberán ser prioritarios en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan. Los proyectos especiales de desarrollo para estas regiones deberán también elaborarse de modo que promuevan dicho mejoramiento.

3.- Los gobiernos deberán velar porque, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas.

4.- Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan.

A. Doctrina y consideraciones generales

Los artículos 6 y 7 constituyen la vía básica a través de la cual el Convenio debe ser aplicado por los Gobiernos.

► Mecanismos de participación de los pueblos indígenas

El **artículo 6** requiere de los Gobiernos establecer los medios que permitan a los pueblos interesados participar en la toma de decisiones a todo nivel: legislativo y administrativo.

La obligación de los Estados de consultar a las poblaciones indígenas de todos aquellos asuntos en que se vean involucrados o puedan ser susceptibles de afectación, ha sido uno de los principales fundamentos democráticos de participación de los pueblos indígenas dentro de la concepción del Estado moderno.

Establecer canales de participación, desarrollo e iniciativa de esos pueblos, señalan objetivos que coinciden por cierto, con los principios y valores democráticos, los cuales implican el ejercicio permanente del poder por el pueblo a través de sus representantes electos y legítimos o, dicho de otra manera, su permanente participación en la toma de las decisiones que les atañen.

El Convenio 169 visualiza este tema desde la perspectiva que los pueblos indígenas deben tener el mayor control posible sobre su vida y su futuro y que los gobiernos deben proveer las condiciones y recursos para hacerlo posible. Esto puede ocurrir por diferentes vías: la consulta, las leyes, otorgar responsabilidad para realizar ellos los programas que les afectan, monitorearlos y hacer propuestas.

La participación y la consulta de buena fe a través de procedimientos adecuados y las instituciones representativas de los pueblos indígenas es obligatoria, siempre cuando medidas legislativas y administrativas los pueden afectar directamente.

Consulta de buena fe significa que los pueblos indígenas reciban la información relevante y completa, de tal forma que puede ser entendida por ellos. Además debe ser llevada a cabo con la reconocida y legítima autoridad de los pueblos que también decide

en otros asuntos de la vida comunal. El Estado tiene la obligación de identificar previamente a esta autoridad.

El objetivo de la consulta debería ser un acuerdo o consenso sobre las medidas propuestas. A parte de ello, consultas hay que llevar a cabo:

- Antes de emprender cualquier actividad de exploración o explotación de recursos naturales (minerales, carbón, metales, etc.) donde habitan regularmente.
- Cada vez que sea necesario trasladar a comunidades indígenas de sus tierras tradicionales a otro lugar.
- Antes de diseñar y realizar programas de formación profesional dirigidos a pueblos indígenas.

De esta obligación del Estado resulta la **viabilidad de la demanda judicial por parte de los pueblos indígenas afectados al Estado**, en caso que éste omita la consulta, la lleva a cabo con procedimientos inapropiados o viole otras disposiciones del Convenio. Lo mismo se refiere a las medidas legislativas inconsultas.

En Guatemala, la Comisión de Comunidades Indígenas del Congreso estaría encargada de velar por el cumplimiento de la obligación de consultar a los pueblos indígenas.

La obligación de consulta a los pueblos indígenas afectados no significa su derecho al veto de políticas que afectan a todo el país, sino constituye el compromiso que se realicen verdaderas consultas en las que los pueblos indígenas puedan expresar sus puntos de vista e influir en la decisión para que ésta sea lo más compatible con sus intereses.

En la Consulta Popular de 1999, uno de los cambios constitucionales propuestos fue el artículo sobre la consulta a los pueblos indígenas:

Artículo 70. Leyes Específicas. Una ley regulará lo relativo a la materia de esta sección.

Cuando se prevean medidas administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, se consultará a dichos pueblos por los mecanismos que establecerá otra ley específica.

Antecedentes en otros países:

En el Tercer Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, sobre la situación de los Derechos Humanos en **Colombia**, en su capítulo X, sobre derechos de los indígenas, la Comisión solicita al Estado de Colombia "...que asegure que antes de autorizarse la explotación de los recursos naturales que se encuentren en las tierras de los indígenas, se celebren las consultas pertinentes con las comunidades afectadas y, en la medida en que sea jurídicamente necesario, se obtenga el consentimiento de éstas."

De igual forma, en el Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en el **Perú**, en el capítulo X de los derechos de las comunidades indígenas, la Comisión solicita al Estado "...que asegure, en consonancia con lo estipulado por el Convenio 169 de la OIT, que todo proyecto de infraestructura o de explotación de recursos naturales en área indígena o que afecte sus hábitat o cultura, sea tramitado y decidido con *participación y en consulta con los pueblos interesados con vistas a obtener su consentimiento y eventual participación en los beneficios.*"

Historia:

En el año 1556 se publica el Tratado de *Regia Potestate*, en el cual su autor fray Bartolomé de las Casas afirma: "*Ningún Estado, ni Rey, ni Emperador puede enajenar territorios ni cambiar su régimen político sin consentimiento expreso de sus habitantes.*"

En este Tratado, de las Casas propone la concertación social y reconocimiento del poder con base en la libertad y voluntad de los pueblos, o sea el derecho de éstos a autodeterminarse, exponiendo: "*Ninguna sumisión, ninguna servidumbre, ninguna carga puede imponerse al pueblo sin que el pueblo, que ha de cargar con ella, de su libre consentimiento a tal imposición. Incluso puede demostrarse que al principio el pueblo mismo lo concertó así con el propio soberano; originariamente todas las cosas y todos los pueblos libres; luego si llegase a imponerse cualquier tipo de carga u obligación contra la voluntad del pueblo, habrá de ser sin duda por coacción, impidiendo en consecuencia al pueblo el uso de su propia libertad que le corresponde por derecho natural.*"

► **Desarrollo humano y pueblos indígenas**

El artículo 7 es la otra disposición fundamental del Convenio en la que se afirma que los pueblos indígenas tienen **derecho a decidir sus propias prioridades en lo que atañe el proceso de desarrollo y de controlar, en la medida posible, su propio desarrollo económico, social y cultural**

El Informe del Desarrollo Humano de Guatemala de año 2,000 señala:

Persisten fuertes diferencias en la distribución de la pobreza: El porcentaje de pobres en el área rural (75.6%) casi triplica el del área urbana (28.8%); 74.2% de la población indígena es pobre en comparación con un 40.9% de la no indígena. Los contrastes regionales son también muy fuertes: sólo un 19.3% de la población de la región Metropolitana clasifica como pobre en contraste con el 82.4% de la que habita en la región Norte (Verapaces). En lo que concierne a la extrema pobreza, 39.9% de la población rural se encuentra en esta situación en comparación con 7.0% del área urbana; la población indígena presenta más del doble de extrema pobreza (39.1%) que la no indígena (15.4%).

La pobreza resulta ser básicamente falta de oportunidades, el no acceso a recursos para asegurar vivienda, alimentación y gastos elementales, así como a servicios básicos, como educación, comunicación, salud y justicia, lo que deteriora no sólo la calidad de vida de los individuos sino también impide el desarrollo social y fomenta fenómenos como la inseguridad y la violencia.

El sistema de administración de justicia no debe mostrarse ajeno a que la sociedad tome rumbo hacia una mayor equidad social, la superación de la pobreza y el desarrollo. Los derechos económicos, sociales y culturales, en la medida que son justiciables, como ahora ya lo son los derechos laborales, deben tomar un lugar importante en la preocupación de la justicia. Como veremos más adelante, en cuanto los derechos de los pueblos indígenas, el Convenio 169 se concentra en los principales que además marcan diferencias con otros sectores y grupos sociales.

Conceptos de Desarrollo Humano Sostenible:

Se refiere a la idea, sustentada por el PNUD y fundamentada en el libro de Amartya Sen "El desarrollo como libertad" de 1999, de que la justicia re-distributiva y la igualdad de oportunidades para amplios sectores de la población, deben ser, a la vez, requisitos y objetivos del desarrollo. Surge de esto la idea de que la inversión en capital humano debe colocarse como base del desarrollo. Tal revalorización de la política social indujo a un consenso sobre la necesidad de superar las inequidades sociales. La OCDE establece por primera vez en 1970 que la necesidad de insistir en que el crecimiento económico no es una finalidad en sí misma, sino un instrumento para crear mejores condiciones de vida, por lo que se han de enfatizar sus aspectos de calidad. Un alto nivel de vida objetivo (ya sea por los recursos económicos, el hábitat, el nivel asistencial o el tiempo libre), puede ir acompañado de un alto índice de satisfacción individual, bienestar o calidad de vida.

En lo siguiente se transcriben algunas definiciones ofrecidas:

El desarrollo sostenible es un proceso de cambio progresivo en la calidad de vida del ser humano, que lo coloca como centro y sujeto primordial del desarrollo, por medio del crecimiento económico con equidad social, la transformación de los métodos de producción y de los patrones de consumo que se sustentan en el equilibrio ecológico y el soporte vital de la región.

Este proceso implica el respeto a la diversidad étnica y cultural regional, nacional y local, así como el fortalecimiento y la plena participación ciudadana en convivencia armónica con la naturaleza, sin comprometer y garantizando la calidad de vida de las generaciones futuras.

El desarrollo local sostenible se centra en la búsqueda del mejoramiento de la calidad de vida humana en el ámbito local. Se construye a partir del protagonismo real de las personas (familias, niños/as, productores, organizaciones e instituciones locales).

Para que el desarrollo local sostenible sea una realidad, la comunidad debe fijar sus propios objetivos y metas, tener confianza en la fuerza de la misma comunidad, valorar y afirmar la cultura junto con el conocimiento tradicional propio y las formas autónomas de convivencia. (Galo Muñoz Arce).

El **desarrollo humano sostenible** es el proceso de transformación de la sociedad que compatibiliza la satisfacción de las necesidades, opciones y capacidades del ser humano como centro y sujeto del desarrollo, garantizando la equidad social, preservando la integridad ecológica y cultural del planeta, distribuyendo adecuadamente costos ambientales a la economía y ampliando la participación de la base social, mediante el uso de políticas económicas, sociales y ambientales y el concurso de los distintos actores. (Tesauro sobre la reforma del sector Salud, concepto de desarrollo humano sostenible)

En 1990, en el primer Informe de Desarrollo Humano, el PNUD lo define de esta manera:

Desarrollo humano es el proceso de ampliación de las opciones entre las cuales las personas pueden elegir..., tres aspiraciones esenciales están en el centro: una vida larga y saludable, poder adquirir conocimientos, tener acceso a recursos para un decente estándar de vida. Adicionalmente son altamente valoradas las libertades políticas, sociales y económicas, la garantía de los derechos humanos. El desarrollo humano tiene dos lados: la formación de capacidades humanas (mejorar la salud, los conocimientos y habilidades); y por el otro, el uso que las personas hacen de sus capacidades adquiridas en la vida social, productiva, cultural y política. El desarrollo en esta perspectiva tiene que ser más que el acceso a recursos e ingresos, tiene que tener su enfoque en la gente.

El Convenio 169 pone el acento en que el desarrollo parte de los intereses y prioridades de los pueblos indígenas y se construye con su participación y cooperación. La superación del autoritarismo, de la discriminación y del paternalismo son las bases para poner en el centro del desarrollo de los pueblos indígenas a ellos mismos.

La justicia no sería un fin en sí sino debe beneficiar a las personas y a la sociedad. Desarrollo en el tema de la justicia significaría de acuerdo a lo anteriormente dicho el acceso a la misma y la efectiva solución de los conflictos sociales e interpersonales para asegurar la paz social y facilitar la convivencia – una base esencial para el desarrollo

económico y social. La aceptación de la pluralidad de las formas legítimas de hacer justicia aparte de la estatal, la aceptación de las tradiciones y costumbres indígenas en un margen de derechos humanos, es un medio y favorece a la persona afectada, facilita la integración social así como el respeto a los valores comunitarios.

B. Normas aplicables

► Normas internacionales

1. *Carta Internacional de Derechos Humanos:*

El principio de libre determinación allí declarado encuentra su fundamento en el **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**, Art. 1 común, en el cual se establece que todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen su desarrollo económico, social y cultural.

2. *Declaración sobre el Derecho al Desarrollo:*

(Resolución 41/128 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 4 de diciembre de 1986)

Se reconoce internacionalmente que el derecho al desarrollo es un derecho humano inalienable en virtud del cual todos los seres humanos y todos los pueblos están facultados para participar en el desarrollo económico, social, cultural y político, en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos y libertades fundamentales, a contribuir a ese derecho y a disfrutar de él.

3. *Proyectos de declaración de la ONU y de la OEA sobre los derechos de los pueblos indígenas:*

En los dos proyectos, el texto supera el Convenio 169 en relación a determinar el alcance del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas que puede llegar a equivaler a un status de autonomía dentro del Estado.

► Normas nacionales

1. Constitución Política de la República:

Artículo 44.- Derechos inherentes a la persona humana. Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana.

El interés social prevalece sobre el interés particular.

Serán nulas ipso jure las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza.

Artículo 66.- Protección a grupos étnicos. Guatemala está formada por diversos grupos étnicos entre los que figuran los grupos indígenas de ascendencia maya. El Estado reconoce, respeta y promueve sus formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social, el uso del traje indígena en hombres y mujeres, idiomas y dialectos.

Artículo 173.- (Adicionado) Procedimiento consultivo. Las decisiones políticas de especial trascendencia deberán ser sometidas a procedimiento consultivo de todos los ciudadanos. La consulta será convocada por el Tribunal Supremo Electoral a iniciativa del Presidente de la República o del Congreso de la República, que fijarán con precisión la o las preguntas que se someterán a los ciudadanos.

2. Legislación Nacional:

Ley de los Consejos de Desarrollo Urbano y Rural

Artículo 1. Naturaleza. El Sistema de Consejos de Desarrollo es el medio principal de participación de la población maya, xinca y garífuna y la no indígena, en la gestión pública para llevar a cabo el proceso de planificación democrática del desarrollo, tomando en cuenta principios de unidad nacional, multiétnica, pluricultural y multilingüe de la nación guatemalteca.

Artículo 2. Principios. Los principios generales del Sistema de Consejos de Desarrollo son:

- a) El respeto de las culturas de los pueblos que conviven en Guatemala.
- b) El fomento a la armonía en las relaciones interculturales.
- c) La optimización de la eficacia y eficiencia en todos los niveles de la administración pública.
- d) La constante atención porque se asigne a cada uno de los niveles de la administración pública las funciones que por su complejidad y características pueda realizar mejor que cualquier otro nivel. La promoción de procesos de democracia participativa, en condiciones de equidad e igualdad de oportunidades de los pueblos mayas, xinca y garífuna y de la población no indígena, sin discriminación alguna.

-
- e) La conservación y el mantenimiento del equilibrio ambiental y el desarrollo humano, con base en las cosmovisiones de los pueblos maya, xinca y garífuna y de la población no indígena.
 - f) La equidad de género, entendida como la no discriminación de la mujer y participación efectiva, tanto del hombre como de la mujer.

Artículo 3. Objetivo. El objetivo del Sistema de Consejos de Desarrollo es organizar y coordinar la administración pública mediante la formulación de políticas de desarrollo, planes y programas presupuestarios y el impulso de la coordinación interinstitucional, pública y privada.

C. Análisis de casos, estadísticas y/o situaciones aplicables

► Caso

El Convenio 169, es un instrumento que fue adoptado por la O.I.T, el 27 de junio de 1989, con 328 votos a favor, 49 abstenciones y 1 en contra, con un total de 378 representantes de Estados, patronos y trabajadores del mundo, según la propia composición y naturaleza de este alto organismo de la ONU.

La presentación para su ratificación, se hizo durante el Gobierno de la Democracia Cristiana con Vinicio Cerezo Arévalo, pero el trámite no prosperó. Con el Gobierno de Serrano Elías, El Ministerio de Trabajo asume su control, y empieza a desarrollar varios foros regionales para darlo a conocer, y consultar con los diferentes sectores: empresarios, ONG's, organizaciones sindicales, populares y mayas.

El proceso de consulta a las organizaciones mayas fue un hecho significativo. Se consultó a 96 organizaciones por medio de 4 talleres regionales en 1991, Norte, Occidente, Centro y la Región del Triangulo Ixil en Quiche, donde participaron 317 delegados, principalmente mayas. Como resultado de este proceso de consulta, análisis y reflexión de los contenidos, las diversas organizaciones mayas lo consideraron como un instrumento jurídico que sí respondía en gran medida a sus principales aspiraciones y lo adoptaron, lo hicieron suyo a tal punto que la denominaron: "Voz Jurídica de los Pueblos Indígenas" y "Retrato de la vida subjetiva y objetiva del pueblo Maya".

Entre las principales razones, por las cuales las organizaciones mayas lo asumieron como suya y lo apoyaron se encuentran las siguientes:

-
1. Sienta las bases para la apertura de espacios de participación pluralista, justa de igualdad en los derechos y oportunidades, es decir, regula relaciones de convivencia armónica entre dos o varios pueblos culturalmente diferenciados que comparten un territorio común, historias paralelas y que pretenden proyectarse hacia el futuro de manera unida y pacífica con un proyecto de nación, donde unos y otros conocen y se respetan mutuamente sus culturas.
 2. Genera cambios en la conformación social guatemalteca, que hasta este momento ha excluido a los mayas en todo proceso nacional.
 3. Ha abierto un contexto en donde la cultura y el derecho consuetudinario son factores importantes, sienta las bases para el reconocimiento del pluralismo jurídico.
 4. Confiere poder de decisión para que los pueblos indígenas, sean actores o sujetos de su propio proceso de desarrollo, encuadrando esto en sus propias formas de organización social.
 5. Es un instrumento jurídico que reconoce expresamente los derechos específicos del Pueblo Maya, que aún no cuenta con una legislación que haga referencia a ellos.
 6. Es un instrumento jurídico, que junto a la Constitución Política y el Acuerdo de Identidad, ponen el tema indígena en la agenda del Estado.
 7. Supera los derechos humanos individualmente considerados, al reconocer los derechos colectivos económicos, políticos, culturales y sociales del Pueblo Maya.

Con estas valoraciones y alcances visualizados en el Convenio 169, las organizaciones mayas, iniciaron el proceso de promoción, demandando su aprobación, ratificación y cumplimiento. Esta lucha se mantuvo de manera sistemática, con la creación de una delegación que se denominó “Delegación Pro-Ratificación del Convenio 169, conformada por el Consejo de Organizaciones Mayas de Guatemala –COMG- y la APPM.

Ante las acciones de presión efectuadas por las organizaciones mayas y la Delegación Pro Ratificación del Convenio 169, el Gobierno de la República emite el dictamen para su ratificación, pero haría falta la aprobación de parte del Congreso de la República. Nuevamente en, marzo de 1992, la Delegación Pro-Ratificación del Convenio, integrado por las diversas organizaciones presionaron, para que se acelerara su trámite y así el 20 de julio el Congreso de la República aprobó en primera lectura.

► Preguntas

Responda las preguntas que se presentan a continuación.

- ¿Qué medidas legales pueden ejercer los pueblos afectados cuando no se realice una consulta en los términos establecidos en decisiones que les afecten directamente?

- ¿Cuál ha debido ser el procedimiento que debió llevar el Gobierno para no violentar los artículos 6 y 7 del Convenio 169?

- ¿Explique en cuáles situaciones o casos el Estado debe realizar una consulta a los pueblos indígenas?

- ¿Cómo, con qué requisitos y con quién debe llevarse a cabo la Consulta?

Capítulo 5

PUEBLOS INDÍGENAS Y LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Artículo 8

1.- Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.

2.- Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

3.- La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes.

Artículo 9

1.- En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.

2.- Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.

Artículo 10

1.- 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.

2.- Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos al encarcelamiento.

Artículo 11

La ley deberá prohibir y sancionar la imposición a miembros de los pueblos interesados de servicios personales obligatorios de cualquier índole, remunerados o no, excepto en los casos previstos por la ley para todos los ciudadanos.

Artículo 12

Los pueblos interesados deberán tener protección contra la violación de sus derechos, y poder iniciar procedimientos legales, sea personalmente o bien por conducto de sus organismos representativos, para asegurar el respeto efectivo de tales derechos. Deberán tomarse medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuera necesario, intérpretes y otros medios eficaces.

A. Doctrina y consideraciones generales

➤ Reconocimiento formal de los sistemas indígenas de justicia en las constituciones

Constata el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen, después de una conferencia de expertos sobre pueblos indígenas y administración de justicia en 2003 en Madrid, que un creciente número de constituciones y legislación respectivamente reconoce la existencia de las tradiciones y prácticas jurídicas indígenas propias y se han dado pasos para respetar y tomar en cuenta la cultura de los pueblos indígenas.

En el sistema formal de justicia aumenta el esfuerzo para facilitar intérpretes a los indígenas ante los tribunales y un creciente número de indígenas están empleados en el sistema de justicia estatal. Esta tendencia también se observa en Guatemala en consecuencia del proceso de paz y del inicio de la reforma de la justicia. Destacan temas como el acceso a la justicia de los pueblos indígenas y el respeto de sus propias formas tradicionales de ejercer la justicia, el reconocimiento constitucional de los derechos originarios que como pueblos les corresponde y el cumplimiento de las obligaciones de los Estados y gobiernos de garantizar su ejercicio, entre estos el derecho al ejercicio y desarrollo de las culturas indígenas, a su crecimiento y transformación.¹⁶

Reformas constitucionales en este sentido han sido implementadas en México, Bolivia, Paraguay, Colombia y Ecuador que reconocen algún valor a los sistemas tradicionales de la justicia o a la sujeción voluntaria a las costumbres y las tradiciones. Sin embargo, la implementación de estos preceptos constitucionales en la realidad es más bien escasa e incompleta.

Los obstáculos que existen para ello son de naturaleza estructural y esencial. Múltiples estudios fueron elaborados sobre el tema, en que destacan algunos presupuestos básicos comunes a tomar en cuenta para enfocar estrategias para superarlos:

“En países pluriculturales, la imposición de un solo sistema jurídico (monismo jurídico), la protección de una sola cultura, religión e idioma, ha dado lugar a un modelo de “Estado excluyente”. En este modelo, la institucionalidad jurídico-política no

¹⁶ Diego Iturralde, Reclamo Indígena y Orden Legal, en: Derecho indígena en América Latina: Logros y perspectivas, FLACSO Guatemala, 2003, Pág. 21 s.

*representa ni expresa la realidad plural, margina a grupos sociales o pueblos no representados oficialmente y reprime sus expresiones de diversidad cultural, lingüística, religiosa y normativa.*¹⁷

*“Los pueblos indígenas reclaman al Estado y a la sociedad el respeto pleno a sus autoridades, instituciones, normas y procedimientos, sistema jurídico que han venido formulando, actualizando desde tiempos milenarios como parte fundamental de su cultura. Esta reivindicación expresa coyunturalmente una relación de enfrentamiento histórico entre el Estado y los pueblos indígenas, con orígenes que se configuran del modelo Estado-nación desde la época de la independencia. El Estado-sociedad que se creó a partir de esta época, eminentemente occidental y etnocéntrico buscó asimilar o desaparecer la cultura indígena y dio pauta a la construcción de un andamiaje jurídico-político-administrativo que imponía un idioma, una cultura y un sistema jurídico.”*¹⁸

*“...La emergencia actual de los pueblos indígenas se debe a diversos factores y se presenta de distintas maneras según los países de que se trate....Algunos de estos factores están relacionados con la territorialización de las sociedades indígenas; su inserción en los mercados nacionales; el surgimiento y fortalecimiento de formas de organización propias, capaces de impulsar plataformas de lucha que procesan las demandas locales de las comunidades hasta convertirlas en objetivos nacionales y la modificación de las formas de relacionarse con los gobiernos y con el conjunto de la sociedad, de una manera crecientemente política. Estas dinámicas ponen en evidencia que no se trata simplemente de un resurgimiento de antiguas identidades sojuzgadas y sometidas por la modernidad, sino de la emergencia de identidades sociales construidas sobre la reversión de viejos estigmas y la puesta en operación de estrategias políticas y medios de significación de base étnica. Por estos factores y sus efectos, los pueblos indígenas se han constituido en sujetos sociales y en actores.”*¹⁹

*“La controversia fundamental (entre Estado y pueblos indígenas) estriba en que no se les ha querido reconocer la calidad de pueblos, para negarles a los indígenas el principal de sus derechos humanos: el de la libre determinación, del que se derivan otros fundamentales, como el derecho a la autonomía, la propia identidad, a la igualdad, a la dignidad, al desarrollo, al territorio, a los recursos naturales y al propio Derecho.”*²⁰

*“Las conclusiones emanadas de la antropología jurídica sostienen que en las sociedades humanas siempre se han aplicado normas de regulación social, a las que se reconocerían como propiamente jurídicas. Afirmación que se contrapone a las concepciones de la corriente positivista, que explica la existencia del Derecho tan solo con el surgimiento del Estado...En relación al Derecho indígena, el desarrollo del pensamiento positivista tiene dos explicaciones, la que desconoce absolutamente la existencia de tal Derecho, afirmando que sólo es Derecho el institucional y la explicación que reconoce a la costumbre jurídica indígena como una fuente del Derecho o como un sistema de Derecho consuetudinario...”*²¹

¹⁷ Raquel Irigoyen Fajardo, Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal, Guatemala 1999, p.13.

¹⁸ Derecho indígena en América Latina: Logros y perspectivas, FLACSO Guatemala, 2003., p.11s.

¹⁹ Diego Iturralde, Reclamo Indígena y Orden Legal, op.cit., p. 20

²⁰ Víctor Ferrigno, Los pueblos indígenas frente a la globalización y a la pobreza, en Derecho Indígena en América Latina, op.cit. p.113.

²¹ Gisela Mayén, El Derecho Indígena y el Derecho del Estado en Guatemala, en: Derecho Indígena en América Latina, op.cit., pág. 159 s.

► **Discriminación y racismo en la administración de justicia**

En especial hay que hacer énfasis en una situación que no siempre está en la conciencia de los operadores de justicia y que es muchas veces justificada con el argumento que “sólo se aplican los procedimientos y las normas técnicamente”, pero sin reparar en la discriminación y racismo que esta forma de aplicación muchas veces supone para los afectados.

Por ello resulta de utilidad citar lo que elaboró sobre el tema la ya mencionada Conferencia de Expertos *en 2003 sobre Pueblos indígenas y la Administración de justicia en Madrid*. Las causas de la discriminación y del racismo se expresarían de la siguiente manera:

- La negación histórica de los derechos de los pueblos indígenas a través de los sistemas de justicia y la desigualdad en el disfrute de los derechos humanos.
- El fracaso de los sistemas ordinarios de justicia en la protección y reconocimiento de la relación especial de sus territorios y tierras ancestrales, incluyendo la violación de derechos derivados de tratados, convenios y otros acuerdos constitutivos.
- La discriminación por operadores de justicia y la policía en los tribunales.
- La existencia de sistemas de justicia culturalmente inapropiados que limitan la participación de indígenas en la policía, como abogados u operadores de justicia.
- El fracaso de garantizar la igualdad ante la ley de los pueblos indígenas, el acceso a la justicia y el derecho a un juicio justo debido a la falta de servicios de traducción y la falta de capacidad para proporcionar una adecuada representación legal.
- La debilitación o destrucción de los sistemas jurídicos indígenas debido a procesos de aculturación, desplazamiento, migración forzada, urbanización, violencia política y asesinato de autoridades indígenas.
- La criminalización por parte del Estado, de prácticas culturales y jurídicas indígenas, así como la persecución de autoridades indígenas que administran justicia.
- Falta de reconocimiento oficial del derecho y jurisdicción indígena, incluyendo el derecho indígena consuetudinario.
- Subordinación del derecho y la jurisdicción indígena a la jurisdicción nacional, así como limitación de la autoridad indígena para conocer casos menores.
- No reconocimiento de decisiones tomada por autoridades indígenas, por parte de órganos del Estado.²²

²² Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen sobre Conclusiones y recomendaciones del Seminario de Expertos sobre Pueblos Indígenas y la Administración de Justicia., E/CN.4/2004/80/Add.4, 27 de enero de 2004., p. 5 s..

Además constata en sus conclusiones que “ las mujeres y niños y niñas indígenas sufrían particularmente los efectos negativos de las prácticas jurídicas contemporáneas y, que desgraciadamente las violaciones a los derechos de los pueblos indígenas a menudo tenían lugar en los sistemas de administración de justicia.” (Numeral 7, Pág. 4) Las recomendaciones (Anexo) son consecuentemente enfáticos en que debe haber acciones concretas y en coordinación con distintos actores que serían los gobiernos, las Naciones Unidas, los mismos pueblos indígenas y otros como los colegios de abogados, universidades y expertos.

► Organización social, identidad y derecho consuetudinario

De acuerdo a la definición de “pueblos” que se aplica a los indígenas, organización social, gobierno local y derecho consuetudinario forman un conjunto de condiciones a través de las cuales una comunidad indígena mantiene su adhesión a hábitos, valores y costumbres tradicionales que, entre otros, conforman su identidad cultural.

“Las identidades se forjan y mantienen más bien en el terreno de la organización social”²³, por lo que los pueblos indígenas cuando reclaman su derecho a mantener su organización social, están pidiendo en realidad la preservación de su cultura.

El Relator Especial Rodolfo Stavenhagen, en su informe del año 2,002 a la Comisión de Derechos Humanos de la ONU escribe sobre el respecto:

“Al tiempo que los pueblos indígenas se iban incorporando en estructuras estatales, que ellos no habían elegido, durante las etapas de colonización o expansión de los modernos Estados- nación, sus formas locales de gobierno se modificaron o adaptaron para ajustarlas a los intereses y necesidades del Estado, con lo que se crearon tensiones que han desembocado a menudo en conflictos y violencia. Las organizaciones indígenas tratan de preservar o recuperar el derecho al gobierno propio local (y a veces regional); consideran que ese derecho es parte de las libertades fundamentales que el derecho internacional reconoce a todos los pueblos. En muchos casos, los indígenas, mediante negociaciones y tratados, reformas constitucionales o legislación especial, han podido establecer acuerdos con los Estados acerca de ese derecho a un gobierno propio...”²⁴.

El tema de la justicia multicultural y plural está penetrado por el debate sobre el principio de la libre determinación de los pueblos y su aplicación a los pueblos indígenas.

²³ E/CN.4/2002/97, Pág.25 Derechos humanos y cuestiones indígenas, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. R. Stavenhagen.

²⁴ Ibidem, p. 26

El fondo sociológico que conlleva es de gran importancia:

El derecho a la organización social propia que conserva la identidad posibilita el ejercicio y el desarrollo del derecho consuetudinario indígena. Si la primera es negada, se diluyen los contextos culturales y su funcionamiento al interno de la comunidad. Este fenómeno, que se puede observar con mayor fuerza después del conflicto armado interno, recibe impulsos negativos también de la imposición de formas de justicia que carecen del reconocimiento social de las comunidades y que no han mostrado eficacia.

Es una tarea de urgencia evaluar los proyectos pilotos iniciados con los juzgados de paz comunitarios y el impacto de los pocos casos, pero ejemplares, en los que la justicia formal ha reconocido la organización social y la cultura indígenas. Las experiencias de los últimos años podrían ser de importancia para restituir sistemas funcionales de la justicia que incluso sin nuevas disposiciones legales pueden llevar a la práctica de una justicia plural y multicultural.

➤ Sistema de justicia, resolución de conflictos y sanciones

Una sociedad tiene un sistema jurídico cuando posee los elementos siguientes:

1. Normas definidas que regulen el comportamiento social y que si se infringen, requieren de sanciones seculares.
2. Autoridades propias de la comunidad, entre las cuales hay responsables de aplicar las sanciones
3. Forma sistemática de aplicar sanciones utilizando, si fuere necesario, alguna forma de coerción.

Los pueblos indígenas han desarrollado sus propias formas de resolver conflictos a lo interno de sus comunidades. Este derecho indígena ha subsistido paralelamente al sistema oficial pese a la conquista, durante la colonización y la República. Su reconocimiento es parte integral de la protección al derecho de preservar su cultura y patrones de vida ancestrales. Por ello resulta fundamental tomar en consideración por parte de los operadores jurídicos y administrativos, las formas de resolver sus propios conflictos, reconocer las resoluciones de autoridades indígenas y apoyar a desarrollar formas de coexistencia entre los dos sistemas.

En el pasado el proceso continuado de desautorización de las autoridades indígenas en resolver conflictos penales y civiles ha llevado a que su ámbito de actuación haya menguado considerablemente, pero no fue llenado por el sistema oficial en cuanto eficacia, cobertura y reconocimiento comunitario. El vacío dejado, sobre todo en

consecuencia del debilitamiento de las propias estructuras comunitarias durante y después del conflicto interno, ha llevado a una sensible falta de justicia, que al día de hoy no ha recibido una respuesta coherente por parte del sistema oficial y del Estado en su conjunto, comprometidos por los Acuerdos de Paz al reconocimiento constitucional y político de la nación guatemalteca como pluricultural, multilingüe y multiétnica y, en consecuencia, el reconocimiento del derecho indígena de costumbre y las autoridades que lo ejercen. El sonado argumento sobre la posible violación de los derechos humanos en el sistema indígena tradicional debe ser examinado en base a lo concreto, porque el sistema no riñe *per se* con los derechos humanos.

El derecho consuetudinario indígena resuelve los conflictos por consenso de las partes, por lo que el posible resultado tiene mejor aceptación, lo que aumenta su efectividad. Es especialmente importante en conflictos civiles entre y dentro de la familia y comunidad. Pero también temas penales entran en su alcance.

Las personas indígenas involucradas en casos penales del sistema oficial enfrentan muchas veces indiferencia del operador de la justicia en relación a su reclamo, discriminación en el trato, malos tratos en lugares de detención y faltas graves en el debido proceso legal, sobre todo en cuanto a su derecho de defensa. MINUGUA ha documentado algunos casos paradigmáticos para esta situación. El Convenio 169, orienta en su artículo 10 especialmente a las formas de sanción, considerando que la cárcel es ajena al sistema indígena sancionatorio:

- 1.- 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.
- 2.- Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos al encarcelamiento

Hay que señalar que éste es uno de los preceptos del Convenio 169 de mayor complejidad en la aplicación. Habrá que hacer los estudios correspondientes y discutir ampliamente las alternativas, que siempre deben reflejarse también en el sistema formal, para los demás sectores de la sociedad, para darle viabilidad en la realidad. La discusión sobre formas alternativas de las sanciones conviene en todo caso a la sociedad entera, a la vista el deterioro del sistema penitenciario que no ha mostrado su capacidad de rehabilitación social.

► **Diversidad de las formas tradicionales de justicia**

A la luz de la realidad guatemalteca, la existencia de varios sistemas jurídicos es una verdad notoria, que si bien, distintos al sistema jurídico oficial, reúnen elementos y características propias que los conforman como tal.

Parafraseando el texto *Suk'b'anik* de la Defensoría Maya, se puede decir que el Sistema Jurídico Maya se viene practicando desde hace cientos de años, siendo los principales baluartes en la conservación y transmisión de los conocimientos los ancianos y ancianas.

Se habla en plural sobre "sistemas jurídicos", no sólo porque existen tres pueblos indígenas en Guatemala, sino además porque los mayas se integran en diversos grupos étnicos o lingüísticos, y si bien es cierto cada grupo cuenta con su tradición propia, también es cierto que éstos tienen elementos y principios comunes que los sustentan, a saber: *flexibilidad, dinamismo, circulación, armonía, equilibrio, dualidad, procesualidad, complementariedad, respeto, consenso, participación, aporte o contribución y escucha*, entre otros.

La realidad de la justicia en Guatemala con respecto al Convenio 169, se interpreta más adecuadamente y con enfoque democrático desde la perspectiva teórica del "pluralismo jurídico".

El "pluralismo jurídico o legal", a diferencia del monismo legal, permite hablar de la coexistencia de varios sistemas jurídicos dentro de un mismo espacio geopolítico. ...El pluralismo de sistemas normativos puede tener su origen en una situación colonial (por la presencia de un derecho indígena o pre-colonial y un derecho impuesto), en períodos de revoluciones o cambios modernizantes (por la pervivencia del derecho anterior a la revolución o reforma junto con el nuevo); en situaciones de presencia de comercio transnacional (la *lex mercatore*, con sus propias reglas frente a los derechos nacionales); en países independientes con población indígena; en países modernos o post-coloniales, con población inmigrante o desplazada en barrios marginales de las ciudades; o por la agrupación de colectivos con base en criterios culturales, gremiales, raciales, religiosos, territoriales o de otra índole, que han creado una normativa propia que los regula en varias esferas de la vida social y les permite resolver sus conflictos. ...

El reconocimiento legal es el primer paso para una articulación democrática de los distintos sistemas normativos que co-existen en el mismo espacio geopolítico. En la última década, varios países latinoamericanos, como Colombia (1991), Perú (1993), Bolivia (1994), Ecuador (1998), han reconocido constitucionalmente el carácter pluricultural de la Nación y el Estado. En consecuencia, también han reconocido la existencia y derechos de los pueblos y comunidades indígenas, oficializando sus idiomas, y promoviendo el respeto y desarrollo de sus culturas, formas de organización social, sus costumbres, trajes, religión, etc. Igualmente, han reconocido el derecho indígena o consuetudinario, a fin de iniciar procesos de coordinación o compatibilización entre ambos sistemas, desde una perspectiva de diálogo democrático y no de represión.²⁵

²⁵ Raquel Irigoyen Fajardo, Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal, Fundación Myrna Mack, Guatemala 1999. I Capítulo.

► **Derechos humanos y sistemas tradicionales de justicia de los pueblos indígenas**

El Convenio 169 enmarca la tradición y costumbre jurídicas de los pueblos indígenas en el fundamental respeto de los derechos humanos nacional e internacionalmente reconocidos. Esta disposición representa un reto para la interpretación y el desarrollo de los sistemas tradicionales indígenas de derecho.

Hay que hacer un análisis cuidadoso de este tema y considerarlo en relación con factores como el contexto cultural, los valores, la vivencia del sistema occidental por parte de los indígenas y la discriminación, la historia y la estructura social.

Por ejemplo, el **carácter colectivo** de determinados derechos humanos hasta hoy en día sigue siendo materia de discusión. La preponderancia del elemento colectivo sobre el individual se encuentra en muchas culturas, incluso dentro del espacio geográfico occidental en cuanto que antes de la demanda de derechos, se considera primario el respeto de la comunidad, de la ley y de los demás, es decir, de los intereses sociales que son colectivos. El marcado individualismo en la teoría de los derechos humanos y a nivel del derecho internacional empieza a diluirse, haciendo espacio a la comprensión que los derechos humanos son individuales y como derechos de los pueblos, colectivos. Un paso pionero, en este contexto, constituye la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos.

La posibilidad de la **universalización de los derechos humanos**, no solo es un problema jurídico, sino en primer lugar se fundamenta en la esencial igualdad del ser humano dentro de su diversidad, de sus necesidades sociales y fisiológicas, de sus aspiraciones básicas, de sus perspectivas éticas parecidas. Entrando en la riqueza de las culturas indígenas, no es difícil de encontrarse con los derechos humanos e incluso descubrir dimensiones de las mismas que la cultura occidental revalora solo recientemente, como es la relación respetuosa con la naturaleza.

La Declaración y el Programa de Viena de la Conferencia Mundial de los Derechos Humanos en 1993, menciona en dos de sus numerales la relación entre universalidad de los derechos humanos con la diversidad cultural.

Numeral 5:

“...La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. **Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos**, pero los Estados tienen el deber,

sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales.”

Numeral 20:

20. La Conferencia Mundial de Derechos Humanos reconoce la dignidad intrínseca y la incomparable contribución de las poblaciones indígenas al desarrollo y al pluralismo de la sociedad y reitera firmemente la determinación de la comunidad internacional de garantizarles el bienestar económico, social y cultural y el disfrute de los beneficios de un desarrollo sostenible. Los Estados deben garantizar la total y libre participación de las poblaciones indígenas en todos los aspectos de la sociedad, en particular en las cuestiones que les conciernan. Considerando la importancia de las actividades de promoción y protección de los derechos de las poblaciones indígenas y la contribución de esas actividades a la estabilidad política y social de los Estados en que viven esos pueblos, los Estados deben tomar medidas positivas concertadas, acordes con el derecho internacional, a fin de garantizar el respeto de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las poblaciones indígenas, sobre la base de la igualdad y la no discriminación, **y reconocer el valor y la diversidad de sus diferentes identidades, culturas y sistemas de organización social.**

Ante el valor primario de la universalidad, la diversidad cultural no es excusa para no aplicar los derechos humanos, pero su realización ocurre bajo los diferentes contextos culturales encontrados.

Como cualquier otra sociedad, la maya también ha sufrido cambios, no sólo recientes, a raíz del conflicto armado interno y las políticas públicas, que por cierto han sido los elementos de mayor impacto, pero también porque como cualquier otra sociedad, han debido adaptarse a las exigencias e imposiciones de la sociedad occidental dominante y globalizada. En ello, los sistemas jurídicos mayas han subsistido con sus estructuras básicas y una demanda central de las plataformas indígenas en el país es poder restablecer la autoridad de sus autoridades para desarrollar la convivencia en sus comunidades.

La discusión sobre los derechos humanos no siempre estuvo de la mano con la de los derechos de los pueblos indígenas. Pareciera que en algunos aspectos, como es la dimensión colectiva de los derechos en el ámbito de pueblos indígenas, impida la aceptación de los derechos humanos en su dimensión individual. Por el otro lado, muchas veces no se identifican los derechos específicos de los indígenas como parte integral de los derechos humanos. Las dos causas y actores no han confluído siempre, tampoco históricamente. Sin embargo, las diferencias entre las visiones están disminuyendo en la manera en que se obtenga una comprensión de la indivisibilidad e interdependencia entre los distintos derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.

Este antecedente explica en parte que algunos líderes indígenas identifican la perspectiva de los derechos humanos como algo impropio a su sistema de justicia. Otra

razón es el desconocimiento de los derechos humanos, sus mecanismos de protección, sus normas y su presencia en el sistema nacional constitucional y legal y, en tercer lugar, la visión de los derechos humanos pasa por el filtro de los valores culturales propios y con razón se podría hablar de un “sincretismo” en la visión de los derechos humanos por parte de los indígenas.

Esto se hizo evidente en los testimonios sobre las graves violaciones de los derechos humanos en la población indígena. Fue descrito de manera muy gráfica en la investigación de Jorge Solares en su libro “Derechos Humanos desde la perspectiva indígena en Guatemala”. El señala cómo la cultura indígena adquirió una comprensión de los derechos en cuanto a su identificación con el “respeto”, término inmerso e internalizado en la cosmovisión indígena y practicado en las comunidades como una forma de vida. De la misma forma el término “irrespeto” se refiere a violaciones de los derechos de los pueblos indígenas, como robo de tierras, maltratos, entre otros.

El derecho a la cultura es destacado por las comunidades indígenas, como derecho a su ser y existencia social y su identidad. La pérdida de la cultura es considerada “irrespeto”, en ello cabe el respeto a los propios valores culturales, como el respeto a los mayores, así como el la pérdida del respeto ante la vida. Tanto en tiempos del conflicto y violencia como en tiempos de paz, ante el fenómeno de la discriminación es uno de los derechos más apreciados.

El tema de los derechos humanos se integra paulatinamente en la visión de los indígenas en Guatemala, como respeto a la vida en su significado amplio que encierra todos los derechos en lo económico, social, cultural y político y el respeto a la humanidad; también son el respeto de las ideas, que las autoridades respeten el pueblo, la aplicación y obediencia a las leyes, derecho a un mayor salario, la educación y la infraestructura sanitaria. También definen derechos humanos como el derecho a sus costumbres: la libertad de usar su idioma, cultura, tradición y religión. Identifican con derechos humanos la convivencia armoniosa y pacífica.²⁶

Entonces, el proceso del relacionamiento de los derechos humanos va en dos direcciones que se traslapan: por un lado, hacia la incorporación de los derechos humanos en el sistema cultural indígena y, por el otro lado, la identificación de sus valores culturales como derechos humanos o sus derechos humanos.

Desde esta perspectiva, las costumbres y tradiciones jurídicas indígenas no están en su esencia contrariadas a los derechos humanos. En la medida que la interculturalidad se impone en la convivencia (entendida como relaciones fructíferas, igualitarias y positivas entre las culturas), la comprensión de los derechos humanos coincidiría siempre más con el desarrollo integral y libre de la persona y de la comunidad y deja de ser sólo un conjunto de preceptos de carácter técnico, como muchas veces hoy todavía se concibe.

²⁶ Véase: Jorge Solares, Derechos Humanos desde la perspectiva indígena en Guatemala. FLACSO, Debate No. 29, 1995

► Sistema estatal y reconocimiento del sistema indígena

Ya en anteriores párrafos, fue indicada la estrecha relación entre un sistema estatal que reconoce y valora su carácter multiétnico y el reconocimiento del derecho indígena, las autoridades tradicionales y las instituciones que representan. La importancia de ello no es sólo formal, ya que en América Latina, en muchos países con población indígena, sobre todo, no existe una coincidencia exacta entre Estado y nación. Vale volver al principio de libre determinación de los pueblos como hoy está comprendido. La Conferencia Mundial de Viena sobre Derechos Humanos en 1993, lo expresó con especial claridad:

2. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho, determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural. ... Con arreglo a la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, nada de lo anterior se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes que se conduzcan de conformidad con el principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos y estén, por tanto, dotados de un gobierno que represente a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio, sin distinción alguna.

De hecho, otorga una dimensión interna, nacional, al principio de libre determinación de los pueblos en cuanto establece el principio de igualdad de derechos y de libre determinación como principios condicionantes de un Gobierno representativo de la totalidad del pueblo que pertenece al territorio nacional.

Es por ello que una de las propuestas de la Consulta Popular en 1999 fue integrar explícitamente el carácter multiétnico, pluricultural y plurilingüe de la nación guatemalteco, tal como lo enuncia el Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas.

Desde esa óptica también, y en particular en lo atinente a la disposición del artículo 203 que se refiere a la Independencia del Organismo Judicial y la potestad de juzgar, no cabe duda que el mismo es polémico; y esto lo demuestra la fallida reforma constitucional, donde se abortaron una serie de disposiciones que iban encaminadas a reorientar precisamente lo regulado en esta norma.

Las reformas constitucionales fracasadas en 1999 previeron la siguiente fórmula para reconocer las formas tradicionales de justicia en la Constitución:

Artículo 66. Identidad y espiritualidad de los pueblos indígenas. El Estado

reconoce, respeta y protege el derecho a la identidad de los pueblos Maya, Garífuna y Xinca; sus formas de vida, organización social, costumbres y tradiciones; el uso del traje indígena en hombres y mujeres y sus distintas formas de espiritualidad, idiomas y dialectos y el derecho a transmitirlos a sus descendientes. Para los fines y en los términos del último párrafo del artículo 203 de esta Constitución, el Estado reconoce a las autoridades tradicionales de las comunidades indígenas, prevaleciendo la unidad de la nación, la integridad del territorio y la indivisibilidad del Estado de Guatemala. También reconoce, respeta y protege su derecho a usar, conservar y desarrollar su arte, ciencia y tecnología así como el derecho de acceso a lugares sagrados de dichos pueblos, bajo las modalidades que establezca la ley.

La vigencia del derecho indígena en Guatemala, va mas allá de debates técnico-jurídicos, es un debate político, en el que ciertos sectores tienen sus intereses marcados. El debate sobre el reconocimiento o no del derecho indígena como esencialmente político, tiene matices jurídicos y técnicos porque es un debate sobre materia constitucional.

Si se revisan las actas de la Asamblea Nacional Constituyente, se evidencia que hay tres grandes temas que ocuparon el debate de los constituyentes:

- a) si el Ejército de Guatemala debiera o no cumplir funciones de seguridad pública;
- b) la función social de la propiedad privada; y
- c) el tema indígena.

Casi dos décadas más tarde, estos tres temas siguen siendo vigentes en la discusión nacional, por lo que llama la atención la persistente negativa por discutir jurídica y técnicamente lo que la cotidianidad nos señala en los diferentes espacios de la vida nacional.

El **Acuerdo sobre Identidad y Derecho de los Pueblos indígenas**, al establecer el compromiso de la protección jurídica de los derechos de las comunidades indígenas, establece:

9. Para facilitar la defensa de los derechos arriba mencionados y proteger las comunidades eficazmente, el Gobierno se compromete a adoptar o promover las siguientes medidas:

- i) el desarrollo de normas legales que reconozcan a las comunidades indígenas la administración de sus tierras de acuerdo con sus normas consuetudinarias;
- ii) promover el aumento del número de juzgados para atender los asuntos de tierra y agilizar procedimientos para la resolución de dichos asuntos;
- iii) promover gratuitamente el servicio de intérpretes a las comunidades indígenas en asuntos legales...

Por su parte, el Acuerdo sobre el Fortalecimiento del Poder Civil y Función del Ejército en una Sociedad Democrática, señala en la Parte III sobre el Sistema de Justicia, numeral 16:

Acceso a la justicia:

- d) Con la participación de las organizaciones de los pueblos indígenas, dar seguimiento a los compromisos contenidos en el Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas respecto a la forma de administrar justicia por parte de dichos pueblos, con miras a facilitar un acceso simple y directo a la misma por parte de grandes sectores del país que no logran llegar al sistema de justicia o comparecen ante él en condiciones disminuidas...

En conclusión, el Estado guatemalteco contrajo compromisos jurídicos a través del Convenio 169 y políticos, a través de los Acuerdos de Paz, para cambiar sustantivamente la situación de la justicia en el país, reconociendo de hecho que en una sociedad multiétnica la justicia no puede ser monista, sino debe ser plural y respetuosa a la diversidad cultural.

B. Normas aplicables

▶ Normas internacionales

1. *Declaración Universal de Derechos Humanos:*

Artículo 10. Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

Artículo 11.

1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le haya asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

2. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:*

Artículo 9

1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta...
3. ...La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

3. *Convención Americana de Derechos Humanos:*

Artículo 8. Numeral 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o habla el idioma del juzgado o tribunal.

► Normas nacionales

1. **Constitución Política de la República de Guatemala:**

Artículo 1. Protección a la Persona. El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia; su fin supremo es la realización del bien común.

Artículo 2. Deberes del Estado. Es deber del Estado garantizarle a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona.

Artículo 6. Detención legal. Ninguna persona puede ser detenida o presa, sino por causa de delito o falta y en virtud de orden librada con apego a la ley por autoridad judicial competente. Se exceptúan los casos de flagrante delito o falta. Los detenidos deberán ser puestos a disposición de la autoridad judicial competente en un plazo que no exceda de seis horas, y no podrán quedar sujetos a ninguna otra autoridad.

El funcionario, o agente de la autoridad que infrinja lo dispuesto en este artículo será sancionado conforme a la ley, y los tribunales, de oficio, iniciarán el proceso correspondiente.

Artículo 7. Notificación de la causa de detención. Toda persona detenida deberá ser notificada inmediatamente, en forma verbal y por escrito, de la causa que motivó su detención, autoridad que la ordenó y lugar en el que permanecerá. La misma notificación deberá hacerse por el medio más rápido a la persona que el detenido designe y la autoridad será responsable de la efectividad de la notificación.

Artículo 8. Derechos del detenido. Todo detenido deberá ser informado inmediatamente de sus derechos en forma que le sean comprensibles, especialmente que puede proveerse de un defensor, el cual podrá estar presente en todas las diligencias policiales y judiciales. El detenido no podrá ser obligado a declarar sino ante autoridad judicial competente.

Artículo 12. Derecho de defensa. La defensa de la persona y sus derechos son inviolables. Nadie podrá ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante juez o tribunal competente y preestablecido. Ninguna persona puede ser juzgada por Tribunales Especiales o secretos, ni por procedimientos que no estén preestablecidos legalmente.

Artículo 13. Motivos para auto de prisión. No podrá dictarse auto de prisión, sin que preceda información de haberse cometido un delito y sin que concurren motivos racionales suficientes para creer que la persona detenida lo ha cometido o participado en él.

Las autoridades policiales no podrán presentar de oficio, ante los medios de comunicación social, a ninguna persona que previamente no haya sido indagada por tribunal competente.

Artículo 14. Presunción de inocencia y publicidad del proceso. Toda persona es inocente, mientras no se le haya declarado responsable judicialmente, en sentencia debidamente ejecutoriada.

El detenido, el ofendido, el Ministerio Público y los abogados que hayan sido designados por los interesados, en forma verbal o escrita, tienen derecho de conocer personalmente, todas las actuaciones, documentos y diligencias penales, sin reserva alguna y en forma inmediata.

Artículo 203. Independencia del Organismo Judicial y potestad de juzgar. La justicia se imparte de conformidad con la Constitución y las leyes de la República. Corresponde a los tribunales de justicia la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado. Los otros organismos del Estado deberán prestar a los tribunales el auxilio que requieran para el cumplimiento de sus resoluciones.

Los magistrados y jueces son independientes en el ejercicio de sus funciones y únicamente están sujetos a la Constitución de la República y a las leyes. A quienes atentaren contra la independencia del Organismo Judicial, además de imponérseles las penas fijadas por el Código Penal, se les inhabilitará para ejercer cualquier cargo público.

La función jurisdiccional se ejerce con exclusividad absoluta, por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que la ley establezca.

Ninguna otra autoridad podrá intervenir en la administración de justicia.

2. Legislación nacional:

Ley del Organismo Judicial

Artículo 51. Organismo Judicial. El Organismo Judicial, en ejercicio de la soberanía delegada por el pueblo, imparte justicia conforme la Constitución Política de la República y los valores y normas del ordenamiento jurídico del país.

No falta quien comente que de acuerdo al artículo 203 constitucional y 51 de la Ley del Organismo Judicial, el monopolio de la aplicación de justicia corresponde al Organismo Judicial, en contraposición al artículo 66 y el Convenio 169 de la OIT que reconoce los Sistemas Jurídicos Indígenas. Aparenta ser una contradicción dentro de la misma Constitución que debe ser resuelta, si es aplicada a la pluralidad jurídica.

Pero en realidad, el espíritu de la norma constitucional debe entenderse que no quiso el monopolio sobre la costumbre, sino más bien, que la jurisdiccionalidad no se compartirá con el Organismo Legislativo ni con el Organismo Ejecutivo. En otras palabras, precisó

establecer que tanto el Presidente de la República como el Congreso no tengan facultades jurisdiccionales (de aplicación de justicia).

Es preciso indicar que el artículo 203 no sólo está reconociendo a “los tribunales que la ley establece”, sino dice “que la ley establezca “; quiere decir entonces que esta previendo a futuro que haya otro tipo de tribunales que se integran también al organismo jurisdiccional, como en efecto ya los hay: La Ley de Arbitraje, por ejemplo; y aún antes de la Ley de Arbitraje, el propio Código de Comercio, establecía la manera de integrarse los tribunales arbitrales. Si para este caso las partes deciden al árbitro de equidad, el requisito sería que los propios pueblos indígenas decidan el derecho a aplicar.

En la misma línea se encuentra la Ley del Organismo Judicial, pues califica que se impartirá justicia conforme la Constitución. Si se interpreta correctamente, la Constitución Política en sus artículos 58 y 66 reconoce los sistemas jurídicos indígenas:

Artículo 58. Identidad Cultural. Se reconoce el derecho de las personas y de las comunidades a su identidad cultural de acuerdo a sus valores, su lengua y sus costumbres.

Artículo 66. Protección a grupos étnicos. Guatemala está formada por diversos grupos étnicos entre los que figuran los grupos indígenas de ascendencia maya. El Estado reconoce, respeta y promueve sus formas de vida, **costumbres, tradiciones, formas de organización social**, el uso del traje indígena en hombres y mujeres, idiomas y dialectos.

Esta idea se refuerza con los artículos 44 y 46 de la Constitución Política de la República, los cuales según la Opinión Consultiva de la Corte de Constitucionalidad brindan vigencia al Convenio 169 de la OIT, por lo que al ser ratificado por Guatemala este instrumento es considerado ley nacional.

Código Procesal Penal (Decreto Número 51-92):

Artículo 90. Traductor. El imputado tiene derecho a elegir un traductor o intérprete de su confianza para que lo asista durante sus declaraciones, en los debates o en aquellas audiencias en las que sea necesaria su citación previa...

Acuerdo de la Corte Suprema de Justicia No.1-98
(Creación de Jdos. de Paz Comunitarios)

Al crear los Juzgados de Paz Comunitarios, la Corte Suprema de Justicia se propuso alcanzar tres objetivos:

- a) Conocer las formas propias (usos y costumbres) de resolver los conflictos y su coexistencia o compatibilidad con el Derecho Oficial;

-
- b) Que los jueces de paz comunitarios conozcan la aplicación del criterio de oportunidad y la conciliación.
 - c) Que los jueces de paz comunitarios apliquen su derecho consuetudinario, como fórmula que contiene sus propios valores culturales, pero que no generen impunidad.

Decreto 79-97 que reformó el Código Procesal Penal, que adiciona el art. 552 bis del Código Procesal Penal:

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

Los jueces de paz comunitarios tendrán competencia para:

- a) Aplicar el criterio de oportunidad en los casos y formas en que autoriza el artículo 25 de este Código, salvo el numeral sexto.
- b) Podrán celebrar audiencias de conciliación y aprobar acuerdos entre las partes en los casos de delitos de acción privada y de acción pública dependiente de instancia particular.
- c) Recibirán la primera declaración del imputado, dictarán las medidas de coerción personal que corresponda y remitirán el expediente al juzgado de primera instancia competente, poniendo a su disposición al detenido, si lo hubiere, cuando se trate de delitos graves o cuando no proceda el criterio de oportunidad o fracase la conciliación.
- d) Si no hubiere delegación del Ministerio Público, ordenará el levantamiento de cadáveres, documentando la diligencia en acta en la cual se consigne las circunstancias.

Dichos jueces resolverán por mayoría, previa deliberación y ejercerán su competencia en la circunscripción territorial del municipio. Presidirá el tribunal el juez de mayor edad y resolverán con arreglo a los usos y costumbres, la equidad y los principios generales del derecho cuando ello fuere posible. Sus fallos no podrán violar la Constitución ni las leyes. La actividad judicial que desarrollen se efectuará conforme a los principios de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción que inspira el sistema acusatorio.

C. Análisis de casos, estadísticas y/o situaciones aplicables

➤ Caso 1

Dos miembros de la comunidad Chiyax del Departamento de Totonicapán, ingresaron a una vivienda con el propósito de extraer objetos de valor, mientras que a pocos metros se encontraba en un vehículo una tercera persona, quien aparentemente los apoyaría.

Vecinos del lugar evidenciaron lo que sucedía y en compañía de otros miembros de la comunidad procedieron a contener las acciones, recuperando los objetos extraídos.

Inmediatamente se puso en conocimiento los hechos, tanto de las autoridades tradicionales como del Órgano Jurisdiccional competente.

A partir de entonces, se inició una discusión para determinar a quién le correspondía conocer el caso y de igual forma resolverlo.

Por un lado, el juez indicaba que el caso de mérito reñía con la ley, pues era constitutivo de delito y por lo tanto era él (investido como autoridad oficial para aplicar justicia) quien debía proceder a la detención e iniciar un procedimiento judicial, en el que se demostrara fehacientemente (y con pruebas) la comisión de los ilícitos penales.

Por su parte, las autoridades indígenas indicaban que el caso debía ser conocido por el Sistema Indígena Maya de resolución de conflictos, según su cosmovisión (costumbres, valores y principios) y amparados en el Convenio 169 de la OIT.

Mientras se discutía a qué autoridad le correspondía conocer del asunto, como un acuerdo preliminar, las tres personas inculpadas fueron puestas “a resguardo” en el centro de detención del lugar.

Luego de un largo intercambio de información, en donde jugó un papel importante el Defensor Indígena del Instituto de la Defensa Pública Penal, y con el fundamento legal respectivo, el caso quedó en manos de los ancianos de la comunidad (autoridades indígenas). Los tres inculpados también manifestaron su *voluntad* por someterse a las autoridades indígenas propias y legítimas.

Una vez decidida la competencia, los tres involucrados en presencia de todos los miembros de la comunidad, iniciaron el proceso de *pedirles perdón* y manifestar su intención de enmendar lo cometido. Así, autoridades indígenas y comunidad decidieron que las tres personas debían cumplir 30 días de trabajo comunitario.

Días más tarde, una de las tres personas dejó de asistir a su deber de cumplir el trabajo comunitario, por lo que algunos vecinos y autoridades visitaron su residencia, descubriendo que había sufrido un accidente que le impedía movilizarse; sin embargo, con el propósito de cumplir con su compromiso hacia la comunidad y resarcir el daño causado, ofreció pagar los jornales restantes para que otra persona lo sustituyera en su deber (conmuta de la pena en el sistema oficial). Esta voluntad fue aceptada por las autoridades y la propia comunidad.

Preguntas

Responda las preguntas que se presentan a continuación.

- ▶ La decisión del Juzgado:
 - A) Es congruente / incongruente con el Sistema de Justicia Oficial
 - B) Es congruente / incongruente con la aplicación del Dto. 79-97
 - C) Es congruente / incongruente con el Sistema Jurídico Maya
 - D) Es congruente / incongruente con el Código Penal y Procesal Penal

- ▶ El caso debe ser resuelto:
 - A) Por un Juzgado de Primera Instancia Penal
 - B) Por un Juzgado de Paz (ordinario o común)
 - C) Por un Juzgado de Paz Comunitario
 - D) Por las autoridades indígenas

- ▶ Los imputados / responsables:
 - A) Debían ser puestos en libertad simple
 - B) Debían ser detenidos provisionalmente
 - C) Debían cumplir con la sanción impuesta por el Juzgado
 - D) Debía conocer la propia comunidad y que sus autoridades tradicionales decidieran

-
- ¿Considera usted que se aplicó correctamente el Convenio 169 de la OIT?

► Caso 2

Los Jueces de Paz Comunitarios del Municipio de Santa María Chiquimula del departamento de Totonicapán, tuvieron conocimiento de hechos delictivos cometidos por un vecino de la localidad, quien bajo efectos de licor escandalizaba en la vía pública e intimidaba con un arma de fuego a las personas que transitaban en el lugar. Por tales hechos, agentes de la PNC lo aprehendieron y pusieron a disposición del órgano jurisdiccional mencionado.

Parte conducente de Resolución del Juzgado de Paz Comunitario:

Al juzgado "...se presentaron familiares, principales y vecinos honorables de esa comunidad abogando por el detenido, por lo que de conformidad con las características del sistema jurídico indígena, al Convenio 169 de la OIT y el Decreto 79-97 que reformó el Código Procesal Penal y tomando en cuenta las costumbres locales en la resolución de los casos penales, reconociendo arreglos y mediaciones por autoridades comunitarios y que la Constitución Política de la República de Guatemala reconoce, respeta y promueve la vida, organización, costumbres y tradiciones en sus artículos 58 y 66, tomando en cuenta que no hubo daños a terceras personas y que la costumbre comienza en la conciencia individual, se escuchó al detenido quien se reconoció culpable del hecho que se le sindicó; consecuentes con el artículo 10 del Convenio 169 inciso dos que obliga a dar preferencia a tipos de sanciones distintos al encarcelamiento, se resolvió: decomisar el arma y remitirla al Juzgado de Instancia, sancionar por 10 días de trabajo de albañilería en una escuela de la localidad, multa de Q.300.00 y se le impuso la medida sustitutiva de arresto domiciliario por 1 año.

Argumentos de la Contraparte y del Ministerio Público:

El Alcalde Municipal de Santa María Chiquimula interpuso denuncia contra los Jueces Comunitarios por el delito de prevaricato, pues consideró que el delito cometido por el vecino debió llevar un proceso de investigación. Por tal razón se iniciaron diligencias de ANTEJUICIO ante la Corte Suprema de Justicia. El Ministerio Público solicitó se declare ha lugar a formación de causa en contra de los jueces comunitarios argumentando que "...las constancias procesales no desvirtúan en ningún momento que los jueces de paz comunitarios no hallan cometido delito, ya que si bien es cierto se basaron en los usos y costumbres de la comunidad, éstos no son superiores a la ley en ningún momento...".

Resolución de la Corte Suprema de Justicia, constituida en Cámara de Amparo y Antejuicio:

La Corte constituida en Cámara de Amparo y Antejuicio al resolver declaró SIN LUGAR el antejuicio, siendo congruentes con el informe del Juez pesquisidor, estimando por tanto, que no existe evidencia que acredite la comisión del delito de prevaricato, pues los jueces comunitarios obraron de acuerdo a la Constitución Política de la República de Guatemala, en su artículo 66, así mismo aplicaron el Convenio 169 artículos 8, 9 y 10 y adicionando el artículo 552 bis del Código Procesal Penal.

► Preguntas

Responda las preguntas que se presentan a continuación.

- La decisión del Juzgado de Paz Comunitario:
 - A) Es congruente / incongruente con el Sistema de Justicia Oficial
 - B) Es congruente / incongruente con la aplicación del Dto. 79-97
 - C) Es congruente / incongruente con el Sistema Jurídico Maya
 - D) Es congruente / incongruente con el Código Penal y Procesal Penal

- El caso debe ser resuelto:
 - A) Por un Juzgado de Primera Instancia Penal
 - B) Por un Juzgado de Paz (ordinario o común)
 - C) Por un Juzgado de Paz Comunitario
 - D) Por las autoridades indígenas

- Los imputados / responsables:
 - A) Debían ser puestos en libertad simple
 - B) Debían ser detenidos provisionalmente
 - C) Debían cumplir con la sanción impuesta por el Juzgado
 - D) Debía conocer la propia comunidad y que sus autoridades tradicionales decidieran

-
- ▶ ¿Considera usted que se aplicó correctamente el Convenio 169 de la OIT?

- ▶ ¿Considera importante que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley conozcan las tradiciones y costumbres de los pueblos indígenas?

SECCIÓN DOS

TEMAS SUSTANTIVOS DEL CONVENIO 169

Esta sección comprende los artículos del 13 al 32 del Convenio, contenidos de la segunda a la octava parte del mismo, y se refiere a los temas sustanciales:

- ▶ II Parte. Tierras (Art. 13-19)
- ▶ III Parte. Contratación y condiciones de empleo (Art. 20)
- ▶ IV Parte. Formación profesional, artesanía e industrias rurales (Art.21-23)
- ▶ V Parte. Seguridad social y salud (Art. 24-25)
- ▶ VI Parte. Educación y medios de comunicación (Art. 26-31)
- ▶ VII Parte. Contactos y cooperación a través de las fronteras (Art. 32)

▶ Tierras

Esta parte reconoce el derecho de los pueblos indígenas a la propiedad, posesión y el uso sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Por eso los gobiernos deben determinar cuáles son estas tierras e instituir procedimientos adecuados en el sistema jurídico para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos indígenas.

Igualmente contiene el derecho de los pueblos indígenas a los recursos naturales existentes (bosques, minerales o recursos del subsuelo, aguas y otros) en sus tierras, por lo que los gobiernos deben crear mecanismos que regulan la utilización, administración y conservación de los recursos.

Prohíbe el traslado o reubicación de los pueblos indígenas de sus tierras (salvo contar con su consentimiento), el derecho de regresar a las mismas y a una indemnización por pérdidas y daños que hallan sufrido en el traslado o la pérdida de sus tierras o territorios.

▶ **Contratación y condiciones de empleo**

Debido a la tradicional e histórica explotación, esclavización y violación de los derechos laborales, especialmente de los pueblos indígenas, esta parte enfoca la prohibición de cualquier discriminación de los trabajadores indígenas en:

- el acceso al empleo,
- la remuneración igual por trabajo de igual valor,
- asistencia médica y social,
- seguridad e higiene en el trabajo,
- prestaciones de seguridad social,
- vivienda y,
- libertades sindicales y de asociación.

Los mencionados son derechos humanos reconocidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el Protocolo de San Salvador, de la Convención Americana de Derechos Humanos. Su mención especial en el Convenio 169 destaca el principio de igualdad y no discriminación.

▶ **Formación profesional, artesanía e industrias rurales**

El derecho general de gozar de medidas de formación profesional se especifica en el Convenio 169 para las condiciones de pueblos indígenas, en cuanto a atender por parte de los Estados las necesidades especiales de los mismos, que se deben traducir en programas y medios especiales de formación, basados en condiciones sociales y culturales y el entorno económico, reconociendo la economía de subsistencia como factor importante del mantenimiento de su cultura y desarrollo económico.

También menciona la promoción y asistencia técnica financiera de la artesanía y las industrias rurales y comunitarias.

▶ **Seguridad social y salud**

Históricamente excluidos de los regímenes de seguridad social, los pueblos indígenas deberán ser integrados en los mismos progresivamente y sin discriminación alguna. Esta parte además, indica la importancia de la organización de los servicios de salud a nivel comunitario, en que las comunidades indígenas pueden ejercer control y aplicar sus métodos de prevención, prácticas curativas y medicamentos tradicionales.

▶ **Educación y medios de comunicación**

El acceso a la educación a todos los niveles y en pie de igualdad con el resto de la comunidad nacional, está explicada en esta parte. La educación para los pueblos indígenas debe ser desarrollada y aplicada en cooperación con éstos y, debe responder a

sus necesidades, abarcar su historia, conocimientos, sistemas de valores y demás aspiraciones sociales, económicas y culturales.

Especial atención pone en la oportunidad de llegar a dominar la lengua nacional y la preservación de las lenguas indígenas, que incluye la promoción del desarrollo y de la práctica de las mismas (educación bilingüe).

El artículo 31 dispone que el Estado debe adoptar medidas de carácter educativo hacia todos los sectores de la comunidad nacional, con el objeto de eliminar los prejuicios con respecto a los pueblos indígenas. Hay que asegurar que los libros de historia y, en general, los materiales didácticos ofrezcan una descripción equitativa, exacta e instructiva de las sociedades y culturas de los pueblos indígenas.

➤ **Contactos y cooperación a través de las fronteras**

Esta parte del Convenio estipula que los Gobiernos deberán tomar medidas apropiadas para facilitar los contactos y la cooperación entre estos pueblos a través de las fronteras, para ello puede que sea necesario establecer acuerdos y tratados entre los países, tomándose en cuenta que los pueblos indígenas y tribales pueden comunicarse con los pueblos de otros países a fin de establecer vínculos de solidaridad internacional.

Capítulo 1

LA IMPORTANCIA ESPECIAL DE LA TIERRA PARA LAS CULTURAS INDÍGENAS

Artículo 13

1.- Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.

2.- La utilización del término "tierras" en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera.

Artículo 14

1.- Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes.

2.- Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión.

3.- Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados.

Artículo 17

1.- Deberán respetarse las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra entre los miembros de los pueblos interesados establecidas por dichos pueblos.

2.- Deberá consultarse a los pueblos interesados siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad.

3.- Deberá impedirse que personas extrañas a esos pueblos puedan aprovecharse de las costumbres de esos pueblos o de su desconocimiento de las leyes por parte de sus miembros para arrogarse la propiedad, la posesión o el uso de las tierras pertenecientes a ellos.

Artículo 18

La ley deberá prever sanciones apropiadas contra toda intrusión no autorizada en las tierras de los pueblos interesados o todo uso no autorizado de las mismas por personas ajenas a ellos, y los gobiernos deberán tomar medidas para impedir tales infracciones.

Artículo 19

Los programas agrarios nacionales deberán garantizar a los pueblos interesados condiciones equivalentes a las que disfruten otros sectores de la población, a los efectos de:

- a) la asignación de tierras adicionales a dichos pueblos cuando las tierras de que dispongan sean insuficientes para garantizarles los elementos de una existencia normal o para hacer frente a su posible crecimiento numérico;*
 - b) el otorgamiento de los medios necesarios para el desarrollo de las tierras que dichos pueblos ya poseen.*
-

A. Doctrina y consideraciones generales

“215. El reconocimiento y protección del derecho a la tierra es hoy la base de todos los movimientos y reclamaciones de los indígenas, ante la constante usurpación de sus tierras. ...

217. Reconocimiento significa aquí aceptación de una situación de facto que sirve de base para la existencia de un derecho. El reconocimiento oficial y el registro consiguiente deben producirse automáticamente una vez probada la posesión y la ocupación económica.”²⁷

► Derechos sobre la tierra ²⁸

Es bien reconocido que los derechos sobre la tierra son fundamentales para garantizar la continuidad y existencia perdurable de los pueblos indígenas. La tierra y sus recursos naturales son, en efecto, la fuente principal del sostenimiento económico, de la cohesión social y cultural y del bienestar.

El artículo 13 del Convenio exige a los gobiernos respetar la importancia especial que para la cultura y los valores espirituales reviste su relación con la tierra o territorios, en particular, los aspectos colectivos de esta relación. El derecho a la tierra/territorio de los pueblos indígenas es un derecho colectivo.

El Relator Especial José Martínez Cobo indica en su informe:²⁹

“196. Es esencial que se conozca y comprenda la relación especial profundamente espiritual de los pueblos indígenas con sus tierras como algo básico en su existencia como tales y en todas sus creencias, costumbres, tradiciones y cultura.

197. Para los indígenas la tierra no es meramente un objeto de posesión y producción. La relación integral de la vida espiritual de los pueblos indígenas con la Madre Tierra, con sus tierras, tiene muchas implicaciones profundas. Además, la tierra no es mercadería que pueda apropiarse, sino elemento material del que debe gozarse

²⁷ José R. Martínez Cobo, Relator Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías. Estudio del Problema de la Discriminación contra las Poblaciones Indígenas.

²⁸ El contenido corresponde a la Guía de la OIT sobre el Convenio 169.

²⁹ Idem.

libremente.

198. Los pueblos indígenas tienen derecho natural e inalienable a conservar los territorios que poseen y a reivindicar las tierras de las cuales han sido despojados. Esto es, tienen el derecho al patrimonio natural y cultural que el territorio contiene y a determinar libre mente el uso y aprovechamiento de éste.”

En la discusión conceptual “pueblos” versus “poblaciones”, especialmente el derecho a la tierra fortaleció la perspectiva de usar el término “pueblos” porque expresa de mejor manera la colectividad de sus derechos.

El término “territorio” en su significado en el Convenio 169 no tiene implicación ninguna para la propiedad y soberanía nacional sobre el territorio nacional en su totalidad, sino es una fórmula que permite aplicarse en conjunto al de la tierra a diferentes situaciones de vida de pueblos indígenas, ampliando el significado puramente agrario de “tierras” a hábitat, espacio de vida, en el concepto de “territorio”.

La disposición principal sobre los derechos de la tierra se encuentra en el Artículo 14, refiriéndose éste al derecho de la propiedad, posesión y uso sobre tierras que tradicionalmente ocupan. Esto significa en primer lugar que no necesariamente necesitan los pueblos indígenas un título de propiedad, sino que el derecho a la posesión y el uso de la tierra podrían cumplirse con los requisitos del Convenio, siempre que se asegure la continuidad de estos derechos desde el pasado. Lejos de limitar la posibilidad de la propiedad, la redacción del artículo pretendía entonces tomar en cuenta diferentes situaciones y el hecho de que no siempre los pueblos indígenas pueden ejercer plenamente sus derechos sobre la tierra.

La parte del artículo que dice “tierras que ocupan tradicionalmente” se refiere a una ocupación continua, lo que indica alguna conexión con el presente, para hacer referencia a expulsiones recientes o pérdida de títulos. En conexión con el tercer párrafo del artículo, el Estado debe instituir procedimientos adecuados para resolver las reivindicaciones de tierras sin imponer límites de tiempo respecto a cuándo dichos reclamos hayan surgido.

También regula este artículo que el Estado debe tomar medidas para el uso de tierras a las que han tenido acceso tradicionalmente para sus actividades tradicionales y de subsistencia. Esto es un derecho adicional y no alternativo al derecho a la propiedad. Se refiere al derecho de pastoreo, caza y recolección en tierras donde los pueblos indígenas no tienen título de propiedad. Este artículo debe ser leído en el contexto del artículo 23 que establece el reconocimiento y fortalecimiento de las actividades tradicionales.

El artículo 14 también exige que el Estado tome medidas para **identificar las tierras que los pueblos indígenas ocupan tradicionalmente** y garantizar su **protección efectiva**, lo que va más allá de la protección legal hacia políticas públicas agrarias. Se

debe poder resolver los reclamos de modo que los pueblos indígenas tengan una posibilidad real de devolución de sus tierras o el pago de una compensación por la pérdida de éstas.

➤ **El derecho a la tierra a la luz de la realidad histórica**

Sistemáticamente los Estados latinoamericanos han negado e irrespetado en la práctica el derecho de los pueblos indígenas a la tierra y el territorio. Hay en diferentes países legislaciones e incluso materia constitucional sobre el derecho a la tierra de los pueblos indígenas, pero en general no resultan ser eficaces y no se acompañan de procedimientos adecuados.

El reconocido autor peruano José Carlos Mariátegui había señalado desde 1920 que la injusticia social hacia estos pueblos estaba fundamentada en el sistema de tenencia de la tierra que incorpora la economía nacional, pues sólo la recuperación de la tierra por parte de la población indígena podría garantizar una justicia social completa y la liberación nacional.³⁰

A nivel internacional, la reclamación de los pueblos indígenas en esta materia se centra en el derecho sobre las tierras que ocupan y han ocupado tradicionalmente, con la posibilidad de ejercer un control y decisión sobre las actividades que se desarrollen en esos espacios y que de alguna manera puedan afectar esos territorios, solicitando además la posibilidad de intervenir en los gobiernos allí establecidos.

El Relator Especial José Martínez Cobo indica en su informe:³¹
199. No se encuentra debidamente garantizado ni realmente vigente el derecho de las poblaciones indígenas a las tierras que ellas y sus antepasados han explotado inmemorialmente, ni a las formas de tenencia de la tierra y explotación de los recursos generados históricamente, ni a los recursos que esas tierras contienen. En algunos países, el despojo de las tierras se realiza por medio de instrumentos jurídicos dados por los Estados, en los que los terratenientes tienen todavía una injerencia significativa.
200. En forma sistemática a través de muchos siglos ha habido

³⁰ José Carlos Mariátegui, *7 Ensayos de Interpretación de la Realidad Peruana* © 1996, Empresa Editora Amauta S.A., Lima, Perú.

“No nos contentamos con reivindicar el derecho del indio a la educación, a la cultura, al progreso, al amor y al cielo. Comenzamos por reivindicar, categóricamente, su derecho a la tierra....El régimen de propiedad de la tierra determina el régimen político y administrativo de toda nación. El problema agrario -que la República no ha podido hasta ahora resolver- domina todos los problemas de la nuestra. Sobre una economía semifeudal no pueden prosperar ni funcionar instituciones democráticas y liberales. En lo que concierne al problema indígena, la subordinación al problema de la tierra resulta más absoluta aún, por razones especiales. La raza indígena es una raza de agricultores.”

³¹ Idem.

violaciones en gran escala de los derechos de los indígenas a la tierra y sus recursos.

201. Las experiencias de los pueblos indígenas están llenas de casos documentados de lo que pasa cuando se violan sus derechos a la libertad religiosa y a su cultura a través de la toma de sus tierras a las que, como pueblos, han estado ligados por miles de años. No puede en verdad hablarse de respeto por las culturas indígenas cuando se permite a los Estados poderosos y a gigantescas compañías destruir esa relación cuando quiera que desean explotar los recursos que contienen las tierras indígenas.

214. Es evidente que, antes de la llegada de los invasores extranjeros, los pueblos indígenas ocupaban y consideraban como propias extensas zonas de los territorios en que se habían desarrollado como pueblos y naciones. El reconocimiento de la «ocupación inicial» como «título aborígen» fue una de las cláusulas fundamentales en los primeros convenios, acuerdos y tratados concertados con las poblaciones indígenas, en los que se daba importancia a la previa ocupación económica y física de esas zonas...”

Guatemala:

En Guatemala, la conflictividad de la tierra y el intento fracasado de una reforma agraria³² bajo el Gobierno de Jacobo Arbenz han puesto su sello al conflicto interno de los 36 años (1960 al 1996). A partir de los años 70, la represión y violencia se multiplicó en quienes se dedicaban a la lucha por la tierra, los derechos laborales y el desarrollo rural. Dentro del conjunto de los Acuerdos de Paz, tres acuerdos en específico tratan el tema:

- El Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas
- El Acuerdo para el Reasentamiento de la Población Desarraigada por el Enfrentamiento Armado
- El Acuerdo sobre aspectos Socioeconómicos y Situación Agraria

Existen investigaciones históricas especializadas sobre esta materia en Guatemala que echan luces sobre la problemática, que el Convenio 169 abarca de forma general y desde la perspectiva de los derechos humanos de los habitantes originales del territorio actual de los Estados que han surgido de las colonias.³³

La extrema concentración de la tierra y con ello, la de riqueza, caracteriza la historia del país desde su conquista.

"Desde esta época, las mayorías indígenas fueron despojadas de sus tierras fértiles y reducidas a los espacios más desfavorecidos en términos agro-

³² Ley de Reforma Agraria. Decreto Legislativo No. 900. 17 de junio de 1952

³³ Por ejemplo: Gustavo Palma, Arturo Taracena, Eduardo Baumeister, Cambios en la tenencia de la tierra: tendencias históricas. Guatemala 2004-10-28 Tierra, Identidad y Conflicto en Guatemala, 7 tomos, Coordinador Carlos Camacho.

ecológicos; su mano de obra fue utilizada forzosamente para construir obras públicas y cultivar los grandes latifundios dedicados a la agricultura de la exportación, y se les excluyó de los beneficios del desarrollo. La cultura y el derecho indígena no fueron reconocidos y se configuró una sociedad basada en la desigualdad, la discriminación y las asimetrías en el desarrollo de las regiones. Cuando en diciembre del 1996 se firmó el Acuerdo de Paz Firme y Duradera, culminó con un proceso en el que se reconoció que el problema de la tierra constituye un sustrato estructural de las contradicciones que provocaron el enfrentamiento armado.”³⁴

El despojo de las tierras indígenas ha revestido diferentes formas durante la historia: Las reformas liberales del último cuarto del siglo XIX constituyeron uno de los hitos de ese despojo.

“La preeminencia del Derecho occidental continuó legitimando la pérdida de las tierras, lo mismo que las adjudicaciones que, sin reconocer los derechos ancestrales, entregaron tierras indígenas a otras personas. El conflicto armado, la violencia de que fueron objeto los campesinos indígenas, el desplazamiento interno de más de medio millón de personas, el genocidio practicado por el ejército, y la salida del país de más de 150,000 personas, tuvieron un impacto directo sobre la tierra y el territorio.”³⁵

La explotación de la fuerza de trabajo indígena es el fundamento de su pobreza y extrema pobreza porque se realiza en base a bajos sueldos, irrespeto de las normas laborales mínimas y negación de servicios y protección estatales. Al respecto dice el **Relator Especial sobre la Situación de los derechos y libertades fundamentales de los indígenas** en 2002:

“31. La desigual distribución de las tierras, las limitaciones en el acceso a otros recursos naturales, la falta de empleo y las precarias condiciones de trabajo, se conjugan para crear una condición generalizada de inseguridad alimentaria que afecta especialmente a las niñas y niños indígenas. Algunos entrevistados informaron al Relator sobre situaciones que podrían calificarse como de hambruna.”

La concepción indígena de territorio es mucho más amplia que la visión no indígena de la tierra, ya que los habitantes indígenas ocupan territorios milenarios originarios, aún hoy, después de la conquista, colonia y la época republicana. Es decir, que la visión sobre sus territorios les ha acompañado históricamente.

³⁴ Tierra, Identidad y Conflicto en Guatemala, varios autores, FLACSO, MINUGUA, CONTIERRA, Dinámicas Agrarias en Guatemala, tomo 5, 2003, Prólogo, pag.11.

³⁵ Ibidem, p. 12

Como explica el Convenio 169, el territorio comprende **“lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”**

El **hábitat** es integral: suelo, subsuelo, aire, flora y fauna, en donde el ser humano es otro ser más de la creación. La concepción filosófica del mundo indígena se da en un plano de igualdad frente a otros seres y en la integralidad de todo lo que les rodea. La tierra en si no puede ser una “propiedad” de alguien, sino sólo se presta para el uso responsable de la comunidad, comprendiendo la tierra como madre, origen de toda la vida.

Los problemas de medioambiente que han aumentado y se hacen sensibles desde la explotación del subsuelo que destruye flora y fauna, la contaminación de las aguas, la desaparición y venta de los bosques, el acceso limitado a bosques, lugares sagrados, ríos y tierras en donde realizan sus actividades tradicionales y de subsistencia, en este momento constituyen fuentes de conflictividad social que requieren de mecanismos legales, jurídicos y políticos que se basan en el respeto de los derechos de los pueblos indígenas.

Dentro de la protección que debe brindar el Estado, importa destacar la acción del poder administrativo y legislativo en la demarcación de límites de las tierras/territorios indígenas, sustrayéndose del poder ejecutivo la posibilidad de perjudicar sus extensiones. Conseguir el restablecimiento de territorios a disposición de pueblos indígenas significa, desde luego, considerar terrenos del Estado (reservas nacionales, básicamente) o la previa adquisición legítima de particulares, si fueren de su propiedad o tuvieren derechos sobre ellos. La ausencia de procedimientos y leyes en esta materia dificultan enormemente la solución judicial, por mediación o arbitrariamente de los conflictos agrarios. Muchas veces se ven transformados en conflictos penales ante los cuales el real conflicto desaparece y mucho menos se resuelve.

➤ **El derecho a la tierra a la luz de la normatividad**

A través de la ratificación del Convenio 169, el derecho a la tierra de los pueblos indígenas tiene carácter legal en Guatemala. Por la forma de su ejercicio es un derecho colectivo más que individual y encuentra su mayor expresión en las tierras comunales que, a la vez, son el territorio donde una comunidad es responsable, del cual vive y demanda el debido respeto de parte de las otras comunidades.³⁶

Los conflictos de tierra no han dejado de formar parte medular de la actual problemática agraria en que los marcos legales son dispersos en diferentes decretos a lo largo de 40 años, contradictorios por proceder de diferentes conceptos ideológicos y épocas, por todo lo anterior difíciles de acceder para los pueblos indígenas. En el contexto de las

³⁶ Ibidem, p. 43.

Constituciones de 1956 y 1965 protegen irrestrictamente la propiedad privada a la que no atribuyen función social ninguna ni prohíben el latifundio. Limita el intervencionismo del Estado y los proyectos de transformación agraria... así como posprocedimientos de expropiación³⁷. Por lo tanto resultan ineficaces para la resolución de conflictos agrarios desde la perspectiva de la reivindicación indígena y cuyo eje de hecho son derechos sobre la tierra de los pueblos indígenas.

El Decreto No.1551 de 1,962, la Ley de Transformación Agraria y su Reglamento, (reformado en varias ocasiones) a la luz de los Acuerdos de Paz y del desarrollo legal continental reciente estaría desactualizado. El Decreto 24-99, Ley y Reglamento del Fondo de Tierras, creado con la visión de los Acuerdos de Paz -mencionados en los Considerandos - y el Convenio 169 ratificado y vigente, no llega a traducir los derechos de los pueblos indígenas sobre la tierra a un marco legal adecuado, ni retoma las disposiciones constitucionales de los artículos 67 y 68.

La ley que pide el artículo 70 de la Constitución Política no fue elaborada. Aunque la Constitución vigente reconoce las formas de organización indígena y hace énfasis especial en la protección especial las tierras indígenas, la legislación relativa a los temas agrarios no las respeta, ni reconoce, forzándolas a organizarse jurídicamente alrededor de las empresas campesinas agrícolas, en cooperativas o ligas campesinas, los cuales son modelos de organización y competencias extrañas (Art. 3º del Decreto 1653). Contradictoriamente a ello, el Decreto 24-99 en su artículo 22 ya reconoce formas de organización propias de las comunidades indígenas en calidad de beneficiarios (ambas disposiciones coexisten).

Por la deficiente titulación u otro reconocimiento legal de las tierras trabajadas por indígenas, las comunidades indígenas no pueden obtener créditos, puesto que las tierras jurídicamente no son de ellos y la ley las declara inalienables, imprescriptibles, etc..

Las disposiciones del Artículo 14 del Convenio 169, de esta manera, no cuentan con un sólido respaldo legal. Así que la elaboración de una legislación agraria moderna, que satisfaga las necesidades de desarrollo en el campo y también refleje los compromisos de derechos humanos (no sólo frente a los pueblos indígenas) en este momento no está a disposición de los operadores de la justicia. Sin embargo, de acuerdo al principio kelseniano y al Artículo 46 de la Constitución, en la interpretación del marco legal actual se debe considerar el Convenio 169, lo que constituye bajo las actuales presupuestos legales un reto extraordinario.

Es de hacer notar además, que aún no se han diseñado formas jurídicas para otorgar garantías sobre la propiedad comunal. Además las comunidades indígenas reclaman que las instituciones creadas por la ley para su defensa no son suyas, sino estatales/ municipales. Esta situación y la penalización de los conflictos de tierra, llevan a

³⁷ José Mario García Laguardia, Política y Constitución en Guatemala. La Constitución de 1985, Guatemala 1997, p.37, 40

procesos judiciales interminables, sin resultados para los pueblos indígenas y con alto costo, que obligan además a invertir sus pocos medios financieros en abogados y recursos judiciales, por lo que muchas veces estancan, se pierden o se cierran.

El Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas afirma la legitimidad del derecho:

“Los derechos relativos a la tierra de los pueblos indígenas incluyen tanto la tenencia comunal o colectiva, como la individual, los derechos de propiedad, posesión y otros derechos reales, así como el aprovechamiento de los recursos naturales en beneficio de las comunidades, sin perjuicio de su hábitat. Es necesario desarrollar medidas legislativas y administrativas para el reconocimiento, titulación, protección, reivindicación, restitución y compensación de estos derechos.”

Como Guatemala no es una excepción en relación a la no realización de este derecho, sino es parte de una tendencia generalizada y no sólo en el continente latinoamericano, el Relator Especial Martínez Cobo dedicó gran parte de su estudio a este tema en específico y del cual se reproducen las partes siguientes:

El Relator Especial José Martínez Cobo indica en su informe:³⁸

191. Hay normas nacionales e internacionales que reconocen el derecho de propiedad. No se tuvo noticia de ningún sistema que excluyera a los indígenas del acceso al derecho de propiedad. Los indígenas llenan el requisito de «personas», «nacionales» o «ciudadanos» que las legislaciones exigen para poder adquirir legalmente el derecho a la propiedad de la tierra. ...

193. La tierra, pero en particular la tierra indígena, está sujeta a un régimen de protección especial que se ha establecido, de acuerdo con las disposiciones o declaraciones pertinentes de los gobiernos, para proteger a los indígenas mismos y asegurar que no se les privará de su tierra sin que haya interés definido de parte del indígena y justa causa para ello. En algunos sistemas esto se vincula con la pertenencia de la tierra a las comunidades o grupos indígenas o más bien con las facultades de disposición de esa tierra que radican exclusivamente en las comunidades, teniendo los miembros de la comunidad o del grupo sólo acceso al usufructo temporal y específico de una parcela dentro de la tierra de propiedad comunal.

216. La posesión milenaria o inmemorial debería bastar para establecer el título indígena a la tierra, el reconocimiento oficial y el consiguiente registro, a falta de medidas legislativas o ejecutivas concretamente aplicables que declaren explícitamente caducos los

³⁸ Idem.

derechos aborígenes. Lo mismo que esos derechos no «se crean» por ley, tampoco pueden ser cancelados mediante actos unilaterales.

Recomendaciones

511. Se debe reconocer que los pueblos indígenas tienen un derecho natural e inalienable a conservar los territorios que poseen y a reivindicar las tierras de las cuales han sido despojados, así como a determinar libremente su uso y aprovechamiento. ...

514. Ha de reconocerse el derecho de todas las naciones o pueblos indígenas, como mínimo, a que se les devuelva y se someta a su control una extensión suficiente y adecuada de tierra, que les permita llevar una existencia económicamente viable, de conformidad con sus propias costumbres y tradiciones, y desarrollarse plenamente a su propio ritmo. Deberían hacerse todos los esfuerzos posibles para asegurar el reconocimiento por los gobiernos del derecho a la tierra de los pueblos indígenas. Los Estados en cuya legislación no se reconocen los derechos de los indígenas sobre la tierra deberían modificar su política respecto de los pueblos indígenas y comprometerse prontamente a promulgar tal legislación.

515. Puesto que existen formas consuetudinarias de adquisición de la tierra por los indígenas, deberían promulgarse leyes especiales en las que se reconozcan explícitamente esas formas. No deben quedar en esos textos lagunas que puedan utilizarse para hacerlos ineficaces. Los pueblos no indígenas deberían reconocer que los pueblos indígenas correspondientes fueron los primeros propietarios de sus países y, en consecuencia, respetar los derechos establecidos que subsisten en la actualidad.

516. La posesión milenaria o inmemorial y la ocupación económica deberían bastar para acreditar el título de los indígenas a la tierra ocupada en esas condiciones, y para reconocerlo y registrarlo oficialmente, admitiéndose así la existencia de una situación de posesión y ocupación de hecho que constituye la base de un derecho establecido.

517. Los gobiernos nacionales, ya sean de carácter federal o central, deberían utilizar las facultades que les conceden sus respectivas constituciones para derogar la legislación local inadecuada, especialmente en lo que se refiere a los derechos sobre la tierra.

519. Todos los Estados deberían reconocer inmediatamente a las poblaciones indígenas respectivas la propiedad de las tierras indígenas. Debería darse por supuesto que la tierra ocupada por las poblaciones indígenas y que esta bajo su control es tierra indígena. En caso de duda o controversia, la carga de la prueba de la propiedad de la tierra no debería corresponder a las poblaciones indígenas, que descienden de los primeros habitantes de esos territorios, sino a las poblaciones no indígenas que pretenden haber adquirido derechos a

una parte de la tierra.

523. Deberían adoptarse todas las medidas necesarias para proteger, jurídicamente y en la práctica, los legítimos derechos de propiedad de las poblaciones indígenas, mediante la investigación, acreditación y registro de los títulos sobre la tierra y los recursos hídricos adquiridos con arreglo a procedimientos jurídicos consuetudinarios.

528. Toda adquisición ilegal de tierra indígena debería ser nula y sin efectos de pleno derecho y no debería otorgar derecho alguno a los compradores o adquirentes posteriores. Nadie podría invocar su carácter de tercer o ulterior adquirente como pretexto para no devolver la tierra así usurpada.

529. La división de las tierras, propiedad de las comunidades indígenas, sólo debería llevarse a cabo a petición, explícita y reiterada de los "copropietarios", resultante del consenso claro y comprobado de éstos y expresada por conducto de sus instituciones tradicionales. En los casos en que las comunidades indígenas actúen sobre la base de una votación mayoritaria (ya sea por mayoría absoluta o especial), no debería llevarse a cabo la división, a menos que la petición haya sido aprobada o verificada por la autoridad tradicional de la comunidad. Debería garantizarse de manera firme y amplia el derecho a oponerse a una división propuesta. En cualquier caso, la comunidad conservara un interés jurídico en la tierra y no se debería llevar a cabo ninguna enajenación sin su autorización, previo informe y comprobación, expresada por los procedimientos tradicionales apropiados a que se ha hecho referencia.

534. Deberían proporcionarse a los pueblos indígenas servicios jurídicos que les ayudaran a establecer sus derechos sobre la tierra y sus derechos territoriales.

535. Las autoridades y los procedimientos que las comunidades indígenas utilizan para controlar la asignación del uso de la tierra a sus miembros deberían ser conocidos y apoyados. En ningún caso debería obstaculizarse la actuación de esas autoridades y procedimientos internos.

536. Debería reconocerse a nivel internacional y nacional y protegerse plenamente por ley, el derecho de las poblaciones indígenas a la propiedad comunitaria de su tierra y a la administración de ésta de conformidad con sus propias tradiciones y cultura."

537. Los actos de enajenación u otra disposición de la tierra indígena deben siempre emanar de dentro de la comunidad indígena en procedimientos genuinamente endógenos.

538. En estos casos podrá instituirse, respondiendo a la explícita petición de las comunidades indígenas, la necesidad de una verificación de la autenticidad de los actos dispositivo por autoridad imparcial e independiente para garantizar la pureza de estos actos.

Resumen:

Los arreglos necesarios para reconocer el derecho a la tierra de manera efectiva para las comunidades indígenas requieren necesariamente de pasos en la reforma de la legislación y de consensos sociales en las políticas agrarias del Estado. Pero aún con la legislación actualmente vigente y en base al reconocimiento de las tradiciones y costumbres indígenas así como con medidas de resolución alternativa de conflictos, muchos de ellos podrían ser resueltos.

Los operadores de justicia y en especial los jueces deben considerar también en esta temática que es a través de ellos que el Estado realiza su compromiso de proteger los derechos humanos de los pueblos indígenas. Su sensibilidad, voluntad y espíritu de agotar los medios normativos a su alcance pueden ser decisivos para invertir la tendencia histórica y llegar a un concepto de justicia más acorde a los derechos humanos.

B. Normas aplicables

▶ Normas internacionales

1. **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales:**

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Art. 11. 2.a) señala en el marco de la protección contra el hambre el compromiso de los Estados de:

“Mejorar los métodos de producción, conservación y distribución de alimentos mediante la plena utilización de los conocimientos técnicos y científicos, la divulgación de principios sobre nutrición y el perfeccionamiento o la reforma de los regímenes agrarios de modo que se logren la explotación y la utilización más eficaces de las riquezas naturales.”

2. **Declaración sobre el Derecho al Desarrollo:**

(Resolución 41/128 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 4 de diciembre de 1986).

Se reconoce internacionalmente que el derecho al desarrollo es un derecho humano inalienable en virtud del cual todos los seres humanos y todos los pueblos están facultados para participar en el desarrollo económico, social, cultural y político, en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos y libertades fundamentales, a contribuir a ese derecho y a disfrutar de él.

▶ Normas nacionales

1. **Constitución Política de la República de Guatemala:**

Artículo. 58. Identidad cultural. Se reconoce el derecho de las personas y de las comunidades a su identidad cultural de acuerdo a sus valores, su lengua y sus costumbres.

Artículo 66. Protección a grupos étnicos. Guatemala está formada por diversos grupos étnicos entre los que figuran los grupos indígenas de ascendencia maya. El Estado

reconoce, respeta y promueve sus formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social, el uso del traje indígena en hombres y mujeres, idiomas y dialectos.

Artículo 67. Protección a las tierras y las cooperativas agrícolas indígenas. Las tierras de las cooperativas, comunidades indígenas o cualquier otra forma de tenencia comunal o colectiva de propiedad agraria, así como el patrimonio familiar y vivienda popular, gozarán de protección especial del Estado, de asistencia crediticia y de técnica preferencial, que garanticen su posesión y desarrollo, a fin de asegurar a todos los habitantes una mejor calidad de vida.

Las comunidades indígenas y otras que tengan tierras que históricamente les pertenecen y que tradicionalmente han administrado en forma especial, mantendrán ese sistema.

2. Legislación nacional:

Código Civil

Aunque no ha haya capítulos específicos al respecto, el Libro II de los Bienes, de la Propiedad y demás Derechos Reales es una fuente normativa para el tema de la tierra.

Código Penal

En el marco de la protección de la propiedad privada, la figura penal de la usurpación se acerca más a la temática, a parte de que delitos contra la vida e integridad y otros más pueden acompañar los procesos de tierra.

Ley de Transformación Agraria y su reglamento,

(Decreto 1551 de 1962), actualizada por los Decretos: 24-99 (Ley de FONTIERRAS), 54-92 y 27-80, contextualizado por el Decreto 1653 de 1966, a su vez, reformado por el Decreto 1679.

Ley del Fondo de Tierras

Decreto 24-99, se refiere en los artículos 22, 39, 45 específicamente a servicios de asesoría y respeto de lugares ceremoniales indígenas y tierras en posesión de comunidades indígenas, en general establece en sus objetivos la facilitación del acceso a la tierra.

Artículo 22. Beneficiarios organizados. El Fondo de Tierras facilitará servicios de asesoría jurídica a los beneficiarios para lograr la constitución y personalidad jurídica de sus organizaciones, ya sean estas asociaciones civiles, cooperativas, formas de organización propia de las comunidades indígenas y campesinas o cualquier otra seleccionada por ellos mismos. Estas organizaciones como beneficiarias podrán disponer de sus bienes, y disolverse, conforme a lo dispuesto en sus estatutos, siempre que estén solventes totalmente con FONTIERRAS.

Artículo 39. El Fondo de Tierras y los lugares ceremoniales indígenas. En las fincas adquiridas a través del mecanismo del Fondo de Tierras, cuando se determine y reconozca, por las comunidades indígenas aledañas, la existencia de lugares tradicionales para uso ceremonial, la fracción de tierra donde se ubique el lugar ceremonial será desmembrada de la finca matriz. En el procedimiento se procurarán las servidumbres de paso que sean necesarias y se inscribirá el área desmembrada y sus servidumbres a favor del Estado en el Registro de la Propiedad correspondiente. El costo del área desmembrada será absorbido por el Fondo de Tierras y abonado al préstamo.

Artículo 45. Excepciones, áreas protegidas y reservas territoriales. La presente ley no rige para las siguientes tierras: en posesión privada de cualquier naturaleza, de las Comunidades Indígenas, áreas protegidas y las reservas territoriales, de acuerdo con lo establecido por la Constitución de la República y las leyes específicas de cada materia. Las áreas protegidas están sujetas a su propio régimen. En ningún caso podrá tenerse disponibilidad en zonas núcleo y sus zonas de uso múltiple designadas por la Ley de Áreas Protegidas.

C. Análisis de casos, estadísticas y/o situaciones aplicables

➤ Caso 1

Hace más de 40 años se asentaron varias familias pertenecientes a la comunidad lingüística q'eqchi' en la comunidad denominada Soledad Sayaxut. Actualmente la población indígena del lugar oscila entre 33 a 35 familias de 5 miembros por familia. En 1989, solicitaron inicio de siembra al INTA, el cual fue autorizado y se le dio una tarjeta para cultivar, a la vez estaban realizando el trámite de adjudicación de posesión, luego de que el INTA consideró que era "un posible baldío", pero en 1990 se perdió el expediente de la solicitud así como los trámites realizados.

En 1993, los propietarios de la finca Seconti (vecina y colindante), se opusieron a la solicitud de adjudicación de posesión, y el Gobernador de Cobán les dio seis meses para abandonar la propiedad.

En 1995, los herederos de la finca Seconti realizaron una unificación de propiedad, después de haberse realizado la partición de la misma a cinco herederos. Luego de esta unificación, nuevamente se desmembró la finca entrando en la desmembración otro heredero, fue entonces cuando es tomado en cuenta el baldío de Soledad Sayaxut, que las familias indígenas solicitaron en posesión.

En el año 2000, COPREDEH empieza a conocer el caso y localiza los dictámenes del Fondo de Tierras con respecto a la finca Soledad Sayaxut y sostiene que es un posible baldío. En su dictamen recomendó realizar una medición legal de la misma pero los propietarios de la finca Seconti se opusieron.

Los propietarios de la finca Seconti iniciaron un proceso contra las familias asentadas, para que dejaran de sembrar y el Juez declaró rebeldes a las familias girando órdenes de captura, a pesar que las familias habitantes actuales de Soledad Sayaxut poseen la tierra por herencia de sus ancestros por más de 40 años. Los ancestros trabajaban en el lugar y eran mozos colonos.

La familia Sam Aldana, se opone a la medida adoptada por el INTA, argumentando tener derechos sobre una proporción considerable de tierra en la misma área, por lo que acude a Gobernación Departamental quien interviene y fija un plazo de seis meses para que las partes en pugna legalicen sus tierras y sean inscritas en el Registro General de la Propiedad Inmueble.

La Procuraduría General de la Nación emite su opinión favorable a los intereses de la familia Sam Aldana, sin embargo no hace ningún análisis crítico-jurídico sobre la situación en general, por lo que en 1995 la familia Sam Aldana se adjudica la propiedad.

En 1998 se extravía el expediente en el INTA y se da la intervención de COPREDEH y el Fondo de Tierras. Este último elabora un análisis en el que se establece las anomalías existentes en la documentación de la familia Sam Aldana y se pronuncia a favor de una medida legal.

El dictamen del Fondo de Tierras se eleva a CONTIERRA para su análisis, quien de igual forma se pronuncia a favor de una medida legal por considerar que existen muchos indicios que la tierra en posesión de los campesinos es un posible baldío. El CONIC apoya a la comunidad y han logrado su permanencia y posesión temporal de la tierra.

Interviene el Instituto de la Defensa Pública Penal pero no da seguimiento, mientras que la familia Sam Aldana entabla cuatro juicios en contra de los comunitarios por diferentes materias. La Jueza del lugar, les prohíbe sembrar a los comunitarios y los declara en desobediencia, no obstante no haber intérprete o traductor, con lo que se inobserva la Constitución y el Convenio 169.

La familia Sam Aldana promueve Juicio Sumario de desocupación, pero la Jueza declara sin lugar la acción, razonando que la familia Sam Aldana no demostró fehacientemente la ubicación física del

fundo. La familia Sam Aldana apela la sentencia y el tribunal de alzada revoca el fallo de primer grado.

La comunidad interpone una acción de Amparo y es declarado improcedente por plazo extraordinario. En dos oportunidades se ha ordenado el desalojo.

El Ministerio Público solicita órdenes de aprehensión por usurpación y logra la detención de cuatro líderes sin ser plenamente identificados, a quienes luego se les otorga medidas sustitutivas de arresto domiciliario y caución económica de Q.2,000.

El MP promueve una aparente conciliación con el propósito original de identificar a los campesinos y detenerlos nuevamente, incluyendo los cuatro que contaban con medidas sustitutivas.

El Procurador de los Derechos Humanos, declaró la existencia de violación de los Derechos Humanos de la comunidad Soledad Sayaxut.

► Preguntas

Responda las preguntas que se presentan a continuación.

-
- Analice la materia jurídica del caso y haga una valoración jurídica del mismo, también a la luz de la Ley de Transformación Agraria, Capítulo IX, y la Ley de FONTIERRA.

- Analícelo desde el Convenio 169 y formule sus conclusiones.

- Considera que se está incumpliendo con los artículos 13 y 14 del Convenio 169. Si responde sí, mencione en qué puntos:

- Analice la actuación de cada institución involucrada. Si corresponde, proponga alternativas a la ocurrida.

- ¿Qué habría que hacer judicialmente a partir del estado del caso y la declaración del Procurador de los Derechos Humanos?

› Caso 2

En las comunidades Chuj de Nentón, existe la amenaza de ser despojados de las tierras que desde hace generaciones trabajan en los alrededores de la laguna Yolnabaj, también conocida como “Laguna Brava”. Esta es una laguna de 3.8 kms de extensión, situada en el norte del municipio de Nentón, en el departamento de Huehuetenango. La laguna no tiene acceso por carretera (hay que caminar alrededor de cuatro horas para llegar a ella), lo cual ha contribuido a que se mantenga sin contaminación, con el agua azul cristalina y con naturaleza exuberante alrededor, descrita por periodistas y turistas que la han visitado de “paradisiaca”. La población chuj de la zona tiene antecedentes de poseer la tierra alrededor de la Laguna Yolnabaj desde el siglo XIX.

A inicios del año 2000, apareció por la zona un ciudadano de origen estadounidense de nombre Mitchel Denburg, quien aterrizó en helicóptero en varias comunidades del norte de Nentón, para “informarles” que él había comprado la tierra alrededor de la Laguna Brava al anterior finquero de nombre Roberto Séller y que por lo tanto él era el nuevo dueño. También le “informo” a la población que a partir de ese momento no podían sembrar más en estas tierras y que él se dedicaría a proteger la laguna, introduciendo nuevos cultivos como la macadamia, lo cual les daría trabajo.

En julio del año 2000, el señor Denburg aterrizó en la comunidad de Yalambojoch, acompañado por el señor Séller, un piloto y un traductor. Se reunió la población de la aldea y ante ellos expuso lo arriba mencionado: que él era el nuevo dueño de las tierras de la laguna y que de ahora en adelante ellos no podían trabajar esa tierra, etc. La población reaccionó con indignación y retuvieron a Denburg y sus acompañantes. La discusión subió de tono y a mitad de la reunión se presentaron habitantes de la vecina comunidad de El Aguacate, quienes acudían exaltados por la noticia del despojo de que iban a ser objeto. Allí hicieron firmar al señor Denburg un acta en la que él reconocía que la tierra es de las comunidades y en donde se comprometía a no volver a “molestar” a la población y no aparecer nuevamente por allí. Después de firmada el acta, la población liberó a los visitantes.

Después de ese incidente, el señor Denburg inició la denuncia del hecho a autoridades de Huehuetenango, acusando al cooperante

Per Bylund Andersen, de haber sido el “instigador” de la agresión, pese a que según testimonio de los pobladores, el señor Andersen no tuvo absolutamente nada que ver con el hecho.

Posteriormente, Denburg ha continuado su incursión en la zona, visitando a las pequeñas comunidades fronterizas situadas al norte de la laguna. Siendo las comunidades de Yulaurel, Nuevo San José Frontera y Yalcastán. Allí les ha ofrecido proyectos de desarrollo si aceptan colaborar con él. Al parecer inició la construcción de una carretera que conectaría desde la frontera con México hacia la laguna, pagando elevados jornales a la población de estas últimas comunidades.

También ha organizado una ONG llamada “Fundación Nuevas Raíces”, pagando profesionales para que lleguen a realizar estudios en la zona. Ha entrado en contactos y al parecer contando con el apoyo de miembros de la zona militar de Huehuetenango.

El 6 de mayo del 2002, en dicha base militar se realizó una reunión entre Denburg, el Coronel Rabbé, representantes de organismos estatales (CONAP, INAB, MARN Y MINEDUC) y de la ONG CEDIG (desconocida en la zona). En esta reunión se comenzó a hablar de proyectos para la “protección y conservación del medio ambiente en la Laguna Yolnabaj y proyectos productivos para las comunidades que rodean la laguna. Una segunda reunión se realizó también en la base militar de Huehuetenango el 20 de mayo 2002. Se tiene planificada una tercera reunión en el destacamento militar de Las Palmas en el municipio de Nentón.

Por otra parte, ha habido información de que el 22 de abril hombres armados se presentaron al CECON (Centro de Estudios Conservacionistas de la Universidad de San Carlos) e interrogaron a biólogos del centro sobre el estudio que uno de los ingenieros forestales realiza en apoyo a la comunidad de Yalambojoch. Esto se ha interpretado como un intento de intimidación a los profesionales que están apoyando a dicha comunidad en la protección de la laguna.

El día 27 de Junio de 2002, el Señor Denburg, envió una carta al Alcalde de Nentón, manifestándole tener problemas con la comunidad que rodea la laguna: amenazas directas e indirectas; su presencia en el área se tergiversó; y el exponer su vida la de su familia y amigos.

Preguntas

Responda las preguntas que se presentan a continuación.

- ▶ ¿Considera que se está violando los artículos 17, 18 y 19 del Convenio 169?

- ▶ ¿Qué deben hacer las autoridades gubernamentales en este caso?

- ▶ ¿Qué acciones legales (administrativas y judiciales) pueden interponer las comunidades?

- ▶ ¿Qué obligaciones tiene el Estado de en cuanto al derecho de los pueblos indígenas a la tierra y los recursos naturales? Enumere.

Capítulo 2

EL DERECHO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS A RECURSOS NATURALES

Artículo 15

1.- Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras, deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.

2.- En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.

A. Doctrina y consideraciones generales

► ¿En qué consiste este derecho?³⁹

Es el derecho a participar en la utilización, administración y conservación de los recursos naturales existentes en las tierras en que habitan los pueblos indígenas. Cada ordenamiento jurídico nacional concretará en qué específicamente consiste el derecho. El mínimo determinan los Artículos 6 y 7 de la Política General del Convenio en los que se establece la obligación de los gobiernos de consultar de buena fe y a través de procedimientos adecuados a los pueblos indígenas afectados y el derecho a determinar sus propias prioridades de desarrollo y participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional que los afectan.

Los recursos naturales comprenden los recursos del subsuelo, aguas y bosques, básicamente.

El sistema jurídico romano hispano establece que la propiedad de la tierra no otorga por sí ningún derecho sobre los recursos del subsuelo, sino estos pertenecen al Estado. El acceso a estos recursos implica entonces ser arrendador de la tierra bajo la cual estos recursos se encuentran. Esta situación ha originado serios conflictos entre las comunidades indígenas que ocupaban las tierras que han sido vendidas o rentadas por el Estado a compañías mineras o petroleras, sobre todo extranjeras.

El segundo párrafo del Artículo 15 fue incorporado para proporcionar una cierta protección a los pueblos indígenas en estas situaciones y obligar al Estado de consultar con los pueblos interesados antes de emprender cualquier programa de prospección y explotación de recursos, para determinar el perjuicio y en qué medida este se podría prevenir y reparar.

Además establece la participación de los pueblos indígenas en los beneficios de la explotación de los recursos y, en su caso, ser compensados equitativamente por cualquier daño que les cause esta actividad.

³⁹ El contenido corresponde a la Guía de la OIT para el Convenio 169.

► La consideración de la naturaleza por los pueblos indígenas

La relación con la naturaleza es un momento fundamental en la cultura, religión y espiritualidad de los pueblos indígenas. El ser humano no la domina sino es parte de ella y todo lo que le da, él tiene que devolverle en respeto y cuidado. El mismo hecho de talar un árbol implica asesinar a un “hermano”; el daño que tal acto implica a la tierra, significa un daño a la madre naturaleza. Los bosques son fuentes de abastecimiento de maderas, carbón de leña y otros bienes. Desempeñan, asimismo, una importante función en la conservación del suelo y de las fuentes de agua, la preservación de la atmósfera y de la diversidad biológica animal y vegetal.

El tema del medio ambiente y el desarrollo sostenible están íntimamente relacionados con el derecho a la propiedad colectiva de las tierras, pues sólo se disfruta de un ambiente sano en determinado espacio territorial.

A lo largo de muchos siglos de experimentación, de acumulación y sistematización del conocimiento sobre el medio ambiente, los pueblos indígenas han logrado desarrollar sistemas sociales y culturales adecuados a la capacidad de carga del ecosistema del cual forman parte. En consecuencia, se da una relación eficiente y armoniosa entre el hombre y la naturaleza ya que aquél obtiene de ésta todo lo necesario para el óptimo desenvolvimiento de su vida sin que ello conlleve ni el derroche ni el agotamiento de los recursos. En fin, la conservación del medio ambiente es una de las principales bases de la vida de las comunidades indígenas.

La comercialización de la tierra, de los bosques, sus productos y otros recursos, en conjunto con la destrucción del tejido social de las comunidades indígenas y la pobreza y pobreza extrema, han llevado a que también la armonía y el equilibrio con la naturaleza no hayan podido sobrevivir siempre.

En diferentes instrumentos internacionales se reconoce y se valora la relación de los pueblos indígenas con su tierra y territorio, su flora y fauna y se reconoce un rol especial de los pueblos indígenas en su protección.

En el Principio 22 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo los indígenas reflejaron las principales demandas específicas ambientales, entre las cuales estaban el reconocimiento y demarcación de sus tierras y territorios, entendidos estos últimos como una totalidad viviente en permanente relación vital entre hombre y naturaleza. Este derecho se expresaba como la unidad y continuidad sobre los dominios ancestrales, incluyendo las áreas usurpadas en reclamo y las que actualmente ocupan, el suelo, el subsuelo, aire y aguas.

En el Principio 22 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo se estableció que las poblaciones y comunidades

indígenas "... desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y en el desarrollo debido a sus conocimientos y prácticas tradicionales. Los Estados deberían reconocer y apoyar debidamente su identidad, cultura e intereses y hacer posible su participación efectiva en el logro del desarrollo sostenible.

En la Cumbre para la Tierra celebrada en 1992 en Río de Janeiro, los líderes mundiales se pusieron de acuerdo en una estrategia exhaustiva de "desarrollo sostenible" que atienda a nuestras necesidades y al mismo tiempo permita legar a las generaciones futuras un mundo sano y viable.

Uno de los acuerdos fundamentales aprobados en Río fue el Convenio sobre la Diversidad Biológica. Este pacto entre la gran mayoría de los gobiernos mundiales establece los compromisos de mantener los sustentos ecológicos mundiales a medida que avanzamos en el desarrollo económico. El Convenio establece tres metas principales:

- la conservación de la diversidad biológica,
- la utilización sostenible de sus componentes y
- la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de la utilización de los recursos genéticos.

El Artículo 8.j) de dicho Convenio versa especialmente sobre pueblos indígenas:

8j) Con arreglo a su legislación nacional, respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente;

Los indígenas también reflejaron las principales demandas específicas ambientales, entre las cuales estaban:

- a) El reconocimiento y demarcación de sus tierras y territorios, entendidos estos últimos como una totalidad viviente en permanente relación vital entre hombre y naturaleza. Este derecho se expresaba como la unidad y continuidad sobre los dominios ancestrales, incluyendo las áreas usurpadas, en reclamo y las que actualmente ocupan, el suelo, el subsuelo, aire y aguas.
- b) Igualmente advertían que la mejor garantía de la conservación de la biodiversidad era el aseguramiento de sus derechos al uso, administración, manejo y control de sus territorios y demás recursos naturales, dado que han vivido desde tiempos inmemoriales en armonía con la naturaleza y su supervivencia depende de ella.

Como se verá a lo largo de este capítulo, hay una gran coincidencia de criterios a nivel internacional e incluso nacional relacionada al derecho a los recursos naturales: tanto en el Convenio 169 y diferentes relatores como en los Acuerdos de paz se aceptan plenamente los principios del Artículo 15, objeto de esta exposición.

Uno de los primeros estudios en la materia lo realizó el **Relator Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, el Sr. José R. Martínez Cobo**, entre 1971 y 1984,⁴⁰ incluso antes de la formulación del Convenio 169, en que afirma en su estudio final, después de múltiples visitas de campo e investigaciones que:

233. En el cuerpo del estudio se dan algunos ejemplos de la invasión de las tierras indígenas por personas o por compañías no indígenas, a menudo multinacionales. Es un hecho incontrovertible que esa invasión se ha producido y se está produciendo en todas partes del mundo sin que las autoridades públicas hayan actuado con firmeza y efectividad para evitarlas o aminorar las funestas consecuencias para las comunidades indígenas afectadas. Además de la explotación propiamente dicha de los recursos, hay otras formas de explotación y muchos aspectos de penetración y alienación que producen efectos devastadores en todas esas comunidades. **Si bien no siempre se podrá evitar o poner término a la explotación que se dé en cada caso concreto, sí pueden y deben encontrarse los medios de minimizar las consecuencias desfavorables, dentro de una creciente tendencia a dar a las comunidades afectadas una más directa y eficaz intervención en todos los aspectos de licenciamiento o concesión y en la participación de los beneficios...**

235. En numerosos sistemas jurídicos la propiedad de los yacimientos minerales y de hidrocarburos pertenece al Estado, por lo que compete principalmente a las autoridades públicas la concesión de licencias de exploración y de explotación de los yacimientos pertinentes. **Como las tierras pertenecen a las comunidades indígenas, habrá desde luego que darles participación en los beneficios que de las explotaciones minerales resulten. También habrá que compensarles por los daños ocasionados. Y, más importante aún, habrá que darles participación en los**

⁴⁰ “La Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, en su resolución 8 (XXIV), de 18 de agosto de 1971, titulada “Estudio general y completo del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas”, la Subcomisión, recordando la resolución 1589 del Consejo Económico y Social del 21 de mayo de ese mismo año, decidió nombrar al Sr. José R. Martínez Cobo Relator Especial para que llevase a cabo el estudio.

En diversos períodos de sesiones, celebrados entre 1973 y 1980, la Subcomisión examinó informes sobre la marcha de los trabajos presentados por el Relator Especial y entre 1981 y 1983 examinó capítulos del informe final. En 1984, la Subcomisión tuvo ante sí el informe completo.”

(Estudio del Problema de las Discriminación contra las Poblaciones Indígenas. José Martínez Cobo. Volumen V. Conclusiones, Propuestas y Recomendaciones. Introducción, literales b) y c))

procesos de concesión de licencias de exploración y de explotación y permitirles examinar todas las consecuencias que se derivarían de la exploración y la explotación contempladas. Se debe cuidar en particular que las licencias o concesiones otorgadas por el Estado no sean de tal naturaleza ni se den en tales cantidades ni sobre áreas extensas de tal manera que hagan negatorio el derecho de los indígenas a gozar de sus tierras.

236. Las tierras sagradas o de significación histórico-espiritual para los indígenas deberán siempre excluirse de las licencias o concesiones y protegerse de las intrusiones de todo tipo.”

Recomendaciones

521. La tierra pública que sea sagrada o tenga un significado religioso para las poblaciones indígenas debería atribuírseles a perpetuidad.

522. Todos los lugares de importancia histórica o tradicional para los pueblos indígenas que se encuentren en tierras publicas o privadas no indígenas deberían conservarse en su estado original y estar abiertos a los pueblos indígenas gratuitamente y sin limitaciones.

► La situación de los derechos a la tierra y a los recursos naturales en Guatemala

El Relator Especial sobre la Situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los Indígenas, señala en su informe sobre su visita a Guatemala:

“26. Es especialmente crítica la situación de la tierra y los bosques de las comunidades indígenas que no ha sido oportunamente regularizados. Estos territorios se vieron afectados durante el conflicto armado, entre otros factores, por la desestructuración de las formas de organización social indígena y la pérdida de capacidad de las autoridades tradicionales para conservarlas, regular el uso de las mismas y resolver conflictos entre los comuneros y entre éstos y terceros interesados. En contraste, los terratenientes amparados por diversas leyes y protegidos por las fuerzas del Estado han realizado despojos de tierras indígenas que junto a otras agresiones han dañado y debilitado la estructura orgánica indígena de muchas comunidades, como lo ha señalado el informe de la CEH. Los mecanismos de expropiación de tierras a las comunidades indígenas se amparan en una legislación confusa e insuficiente, que deriva siempre en la penalización de una problemática de orden social. La vigencia de la Ley de Titulación Supletoria puede continuar siendo generadora de mayores despojos de tierra y, por lo tanto, de conflictos entre terratenientes y comunidades y entre comunidades mismas.”

➤ Los Acuerdos de paz y el derecho a los recursos naturales

El **Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas** establece compromisos del Estado que reflejan ampliamente el espíritu del Convenio 169 y que se refieren a:

- Reconocer y garantizar el derecho de las comunidades de participar en el uso, administración y conservación de los recursos naturales existentes en sus tierras;
- obtener la opinión favorable de las comunidades indígenas previa la realización de cualquier proyecto de explotación de recursos naturales que pueda afectar la subsistencia y el modo de vida de las comunidades. Las comunidades afectadas deberán percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades; y
- adoptar, en cooperación con las comunidades, las medidas necesarias para proteger y preservar el medio ambiente.⁴¹

La razón de la desprotección de los derechos relativos a la tierra y recursos naturales el Acuerdo la identifica en que los campesinos indígenas y no indígenas difícilmente han podido legalizar sus derechos mediante titulación y registro y cuando excepcionalmente han podido legalizar sus derechos, no han tenido acceso a los mecanismos para defenderlos.

El Acuerdo sobre aspectos socioeconómicos y la situación agraria parte de que la problemática de la tierra, la concentración de recursos que contrasta con la pobreza de la mayoría, obstaculiza el desarrollo del país en su conjunto. Recomienda impulsar una estrategia integral que abarque los múltiples elementos que conforman la estructura agraria y que incluyen:

- *La tenencia de la tierra y el uso de los recursos naturales;*
- los sistemas y mecanismos de créditos;
- el procesamiento y la comercialización;
- *la legislación agraria y la seguridad jurídica;*
- *las relaciones laborales;*
- la asistencia técnica y la capacitación;
- *la sostenibilidad de los recursos naturales; y*
- la organización de la población rural.⁴²

Establece el Acceso al uso de recursos naturales para pequeños y medianos campesinos otorgándoles 100.000 hectáreas de áreas de uso múltiple para fines de manejo forestal

⁴¹ AIDPI, párrafo F)

⁴² ASES. III parte: Situación agraria y desarrollo rural.

sostenible, administración de áreas protegidas, ecoturismo, protección de fuentes de agua y otras actividades compatibles con el uso potencial sostenible de los recursos naturales de dichas áreas.

El cumplimiento de éstos y otros acuerdos compromete al Estado fuertemente con cambios estructurales en el agro que no se han dado aún. Tampoco se ha logrado a la fecha reformar la legislación y crear mecanismos eficaces que defiendan los derechos sobre la tierra de los pueblos indígenas y pequeños y medianos campesinos.

Resumen:

A nivel internacional, la reclamación de los pueblos indígenas en esta materia se centra en el derecho sobre las tierras que ocupan y han ocupado tradicionalmente, con la posibilidad de ejercer un control y decisión sobre las actividades que se desarrollen en esos espacios y que de alguna manera puedan afectar esos territorios, solicitando además la posibilidad de intervenir en las decisiones de los gobiernos.

En resumen se tienen los siguientes elementos que conforman el derecho sobre la tierra y los recursos naturales:

- Respeto de la propiedad colectiva de las tierras;
- respeto de las formas de organización propias;
- respeto de las tierras que tradicionalmente ocupan con relación al Artículo 3 del Convenio 169 que exige el respeto de los derechos humanos y prohíbe el uso de la fuerza;
- participación en la decisión y el aprovechamiento de los recursos naturales; y
- protección de las áreas de cultos indígenas en relación al Artículo 5 del Convenio 169.

El Gobierno central y los gobiernos locales deben ser transparentes en sus intenciones sobre la explotación minera, del agua, del bosque, consultarlas con los pueblos indígenas y sus organizaciones e instituciones y prever medidas para hacer estudios adecuados sobre el impacto en el medio ambiente y para restablecer condiciones medioambientales sostenibles. El Convenio 169 es norma interna y puede ser instrumentalizado para hacer efectiva la demanda de los pueblos indígenas de participar en el desarrollo y los frutos de la explotación de los recursos naturales, al igual en cuanto la conservación de su hábitat.

B. Normas aplicables

➤ Normas internacionales

1. **Pactos de la Carta Internacional de Derechos Humanos de Naciones Unidas:**

La mención más importante sobre los derechos de los pueblos a sus recursos naturales se encuentra en **Art. 1 común** de los **Pactos Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Derechos Económicos, Sociales y Culturales**. De acuerdo a la interpretación del Convenio 169, no sería directamente aplicable, debido a que el mandato de la OIT se refiere únicamente al gran tema de trabajo y relacionados. Sin embargo, en el contexto del Proyecto de la Declaración de la ONU sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, este artículo aparece en una nueva luz y su contenido es retomado por los dos proyectos de declaración internacional e americana, por lo que se cita aquí:

Artículo 1

- 1. Todos los pueblos tienen derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.*
- 2. Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio de beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia...*

2. **Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales:**

En su observación general No. 15, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, interpreta los artículos 11 y 12 (derecho a un nivel de vida adecuado y derecho a la salud) refiriéndose al derecho del acceso al agua:

- 16. Aunque el derecho al agua potable es aplicable a todos, los Estados Partes deben prestar especial atención a las personas y grupos de personas que tradicionalmente han tenido dificultades para ejercer este derecho, en particular las mujeres, los niños, los grupos minoritarios, los pueblos*

indígenas, los refugiados, los solicitantes de asilo, los desplazados internos, los trabajadores migrantes, los presos y los detenidos. En particular, los Estados Partes deben adoptar medidas para velar por que:

.....

d) El acceso de los pueblos indígenas a los recursos de agua en sus tierras ancestrales sea protegido de toda transgresión y contaminación ilícitas. Los Estados deben facilitar recursos para que los pueblos indígenas planifiquen, ejerzan y controlen su acceso al agua.⁴³

3. Declaración sobre el Derecho al Desarrollo:

(Res. 41/128 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 4 de diciembre 1986)

En su Artículo 1.1. hace referencia al Artículo 1 común de los Pactos y reafirma la plena soberanía de los pueblos sobre todas sus riquezas y recursos naturales.

Artículo 1

1. El derecho al desarrollo es un derecho humano inalienable en virtud del cual todo ser humano y todos los pueblos están facultados para participar en un desarrollo económico, social, cultural y político en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales, a contribuir a ese desarrollo y a disfrutar de él.

► Normas nacionales

1. Constitución Política de la República:

Artículo 44. Derechos inherentes a la persona humana. Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana.

El interés social prevalece sobre el interés particular.

Serán nulas *ipso jure* las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza.

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

⁴³ 29º período de sesiones (2002)*. Observación general N° 15. El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)

Artículo 121. Bienes del Estado. Son bienes del estado:

Los de dominio público;

Las aguas de la zona marítima que ciñe las costas de su territorio, los lagos, ríos navegables y sus riberas, los ríos, vertientes y arroyos que sirven de límite internacional de la República, las caídas y nacimientos de agua de aprovechamiento hidroeléctrico, las aguas subterráneas y otras que sean susceptibles de regulación por la ley y las aguas no aprovechadas por particulares en la extensión y término que fije la ley; los que constituyen el patrimonio del Estado, incluyendo los del municipio y de las entidades descentralizadas o autónomas;

La zona marítimo terrestre, la plataforma continental y el espacio aéreo, en la extensión y forma que determinen las leyes o los tratados internacionales ratificados por Guatemala;

El subsuelo, los yacimientos de hidrocarburos y los minerales, así como cualesquiera otras sustancias orgánicas o inorgánicas del subsuelo;

Los monumentos y las reliquias arqueológicas;

Los ingresos fiscales y municipales, así como los de carácter privativo que las leyes asignen a las entidades descentralizadas y autónomas; y
Las frecuencias radio eléctricas.

Artículo 122. Reservas territoriales del Estado. El Estado se reserva el dominio de una faja terrestre de tres kilómetros a lo largo de los océanos, contados a partir de la línea superior de las mareas; de doscientos metros alrededor de las orillas de los lagos; de cien metros a cada lado de las riberas de los ríos navegables; de cincuenta metros alrededor de las fuentes y manantiales donde nazcan las aguas que surtan a las poblaciones.

Se exceptúan de las expresadas reservas:

Los inmuebles situados en zonas urbanas; y los bienes sobre los que existen derechos inscritos en el Registro de la Propiedad, con anterioridad al primero de marzo de mil novecientos cincuenta y seis.

Los extranjeros necesitarán autorización del Ejecutivo, para adquirir en propiedad, inmuebles comprendidos en las excepciones de los dos incisos anteriores. Cuando se trate de propiedades declaradas como monumento nacional o cuando se ubiquen en conjuntos monumentales, el Estado tendrá derecho preferencial en toda enajenación.

Artículo 123. Limitaciones en las fajas fronterizas. Sólo los guatemaltecos de origen, o las sociedades cuyos miembros tengan las mismas calidades, podrán ser propietarios o poseedores de inmuebles situados en la faja de quince kilómetros de ancho a lo largo de las fronteras, medidos desde la línea divisoria. Se exceptúan los bienes urbanos y los derechos inscritos con anterioridad al primero de marzo de mil novecientos cincuenta y seis.

Artículo 124. Enajenación de los bienes nacionales. Los bienes nacionales sólo podrán ser enajenados en la forma que determine la ley, la cual fijará las limitaciones y formalidades a que deba sujetarse la operación y sus objetivos fiscales.

Las entidades descentralizadas o autónomas, se regirán por lo que dispongan sus leyes y reglamentos.

Artículo 125. Explotación de recursos naturales no renovables. Se declara de utilidad y necesidad públicas, la explotación técnica y racional de hidrocarburos, minerales y demás recursos naturales no renovables. El Estado establecerá y propiciará las condiciones propias para su exploración, explotación y comercialización.

Artículo 126. Reforestación. Se declara de urgencia nacional y de interés social, la reforestación del país y la conservación de los bosques. La ley determinará la forma y requisitos para la explotación racional de los recursos forestales y su renovación, incluyendo las resinas, gomas, productos vegetales silvestres no cultivados y demás productos similares, y fomentará su industrialización. La explotación de todos estos recursos, corresponderá exclusivamente a personas guatemaltecas, individuales o jurídicas.

Los bosques y la vegetación en las riberas de los ríos y lagos, y en las cercanías de las fuentes de aguas, gozarán de especial protección.

Artículo 127. Régimen de aguas. Todas las aguas son bienes de dominio público, inalienables e imprescriptibles. Su aprovechamiento, uso y goce, se otorgan en la forma establecida por la ley, de acuerdo con el interés social. Una ley específica regulará esta materia.

Artículo 128. Aprovechamiento de aguas, lagos y ríos. El aprovechamiento de las aguas de los lagos y de los ríos, para fines agrícolas, agropecuarios, turísticos o de cualquier otra naturaleza, que contribuya al desarrollo de la economía nacional, está a los servicios de la comunidad y no de persona particular alguna, pero los usuarios están obligados a reforestar las riberas y los cauces correspondientes, así como a facilitar las vías de acceso.

2. Legislación Nacional:

Ley de Minería, (Decreto 48/97)

Aunque el Convenio 169 ya fue ratificado, esta Ley no contempla la obligación del Estado de la consulta a los pueblos indígenas previo el otorgamiento de licencias de minería. Las comunidades indígenas no son beneficiadas por esta Ley que determina que la regalía de 1% del mineral extraído por las empresas va en partes iguales al Gobierno central y al gobierno municipal.

Artículo 46. Oposición. Quien se creyere perjudicado por la solicitud de un derecho minero podrá oponerse al otorgamiento del mismo, formalizando su oposición ante la Dirección, en cualquier momento antes de que se dicte la resolución de otorgamiento...

Artículo 51. Causas de suspensión de las operaciones mineras. Previa comprobación, el Ministerio con base en dictamen de la Dirección, ordenará al titular por medio de resolución, la suspensión de las operaciones mineras en los casos siguientes:

- a) Cuando existiere el riesgo o peligro inminente para la vida de las personas o sus bienes.
- b) Cuando no se cumplan las disposiciones de seguridad en el trabajo, de conformidad con las leyes de la materia.
- c) Cuando contravengan las leyes reguladoras del medio ambiente....

Artículo 59. Recursos administrativos. Contra las resoluciones emitidas por el Ministerio o la Dirección, podrán interponerse los recursos que establece la Ley de lo Contencioso Administrativo.

Artículo 61. Regalías. Las regalías deberán ser pagadas por:

- a) Los titulares de licencia de explotación a:
 - 1) El Estado: por la extracción de productos mineros.
 - 2) Las Municipalidades: por la extracción de productos mineros dentro de su jurisdicción. En el caso de que la extracción se localice en más de una jurisdicción municipal, la regalía se repartirá entre las municipalidades correspondientes en proporción a los productos mineros extraídos en cada jurisdicción.
- b) Quienes exploten los materiales a los que alude el artículo cinco de esta ley, a:
 - 1) Las municipalidades por la extracción de arcillas superficiales, arenas, rocas y demás materiales aplicables directamente a la construcción, excluyendo las rocas decorativas.

Artículo 71. Aguas de dominio nacional, y de uso común. El titular de derecho minero podrá usar y aprovechar racionalmente las aguas siempre y cuando no afecte el ejercicio permanente de otros derechos.

El uso y aprovechamiento de las aguas que corran dentro de sus cauces naturales o se encuentren en lagunas, que no sean del dominio público ni de uso común, se regirán conforme las disposiciones del Código Civil y de las leyes de la materia.

Quién haga uso del agua en sus operaciones mineras, al revertirla, deberá efectuar el tratamiento adecuado para evitar la contaminación del medio ambiente.

C. Análisis de casos, estadísticas y/o situaciones aplicables

► Situación

Ante la interrogante de habitantes indígenas en relación con su posibilidad de exploración y explotación de recursos minerales en sus territorios, alegan que tratándose de ellos o personas jurídicas por ellos constituidas, tendrían prioridad y estarían eximidos de la aprobación legislativa, prevista en la Ley de Minería. Ante ello es de recordar que, de acuerdo a la Constitución Política el dominio de los recursos minerales pertenece al Estado, el que está facultado para otorgar concesiones para su reconocimiento, exploración y explotación de los mismos.

Sin embargo, por constituir bienes patrimoniales del Estado, el ordenamiento también faculta al Congreso de la República para reservar la exploración y explotación de ciertas zonas, por motivos de interés, para la protección de riquezas forestales, hidrológicas, edafológicas, culturales, arqueológicas o zoológicas, o para fines urbanísticos. En estas zonas la exploración y la explotación quedan prohibidas a los particulares y reservadas al Estado.

Igualmente, se prohíbe totalmente la explotación en áreas declaradas parques nacionales o reservas biológicas y se limita la actividad en reservas forestales.

Finalmente, en otras zonas, tal y como es el caso de las reservas indígenas, los permisos de exploración y las concesiones de explotación, quedan sujetas a aprobación legislativa.

Entonces, la conclusión obligada es que lo mejor es cuando por razón de interés nacional se quiera promover una explotación minera en una reserva indígena, dado los factores que están en juego, que esa explotación se sometiera al más amplio debate público y que la mejor manera de lograr esto era, obligando que cualquier explotación minera que se vaya a dar dentro de un territorio indígena, tenga que ser autorizada por una ley especial.

Al establecer ese mecanismo se garantiza que tendrá que haber un proyecto de ley en el Congreso y el mismo correrá todos los trámites de cualquier iniciativa de ley, con la debida observancia de la consulta hacia los propios afectados/interesados que contempla el Convenio 169.

Si se establece otro tipo de procedimiento, se podría estar cometiendo injusticias o dejando gente sin la posibilidad de participar en la defensa de sus intereses.

Es claro, entonces, que la aprobación legislativa de los permisos de exploración y las concesiones de explotación de los recursos minerales en los territorios indígenas, aunado a la obligatoriedad de consultar a los pueblos interesados, lo que pretende es garantizar que los derechos e intereses de esas poblaciones no se vean perjudicados por la actividad minera y que por el contrario, en la medida de lo posible, les traiga beneficios directos.

► Preguntas

Responda las preguntas que se presentan a continuación.

-
- ¿Es adecuado que el Congreso determine los permisos de explotación en los territorios indígenas?

- ¿Se debe consultar a los pueblos indígenas sobre el otorgamiento de concesiones para la explotación minera y cualquier otro tipo de explotación de y en su territorio?

- ¿Qué procedimiento de consulta debería implementarse?

- ¿Cuál debe ser el mecanismo legal que garantice la protección de los recursos naturales de los territorios indígenas?

- ¿Cree usted que se ha violado el artículo 15 del Convenio 169 de la OIT?

-
- ¿Qué acciones legales y administrativas deberían implementarse para respetar los derechos de los pueblos indígenas?

- ¿Qué haría usted como juez, al conocer una demanda al respecto?

► Ejercicio

En grupos de trabajo, lea y comente el siguiente artículo⁴⁴ en cuanto a la consideración de los intereses y derechos de los pueblos indígenas.

En los registros del Ministerio de Energía y Minas, existen 97 solicitudes de exploración de metálicos, que incluyen oro, plata, níquel, cromo, plomo y zinc. A éstas se suman 114 que están en su primera fase de "reconocimiento".

Según el director del Centro de Acción Legal Ambiental y Social (CALAS), Yuri Melini, la legislación tampoco resarce al Estado con las utilidades que genera la explotación minera. Sólo el 1% de las regalías le corresponden al país, de acuerdo con el artículo 63 de la Ley de Minería (Decreto 48-97)...

Las debilidades de la Ley:

La Ley de Minería es débil frente a los intereses de las compañías transnacionales, según un estudio de CALAS. Algunas de las razones son las siguientes:

1. Mientras la Ley de Protección al Ambiente (68-86), define como obligatorios los estudios de evaluación de impacto ambiental para extender una licencia de aprovechamiento minero, la Ley de Minería (48-97) deja a discreción de la Dirección General de Minería extenderla, aún sin los estudios aprobados.
2. La autoridad ambiental deja la posibilidad a la empresa para que por medio de técnicos contratados por ésta, rinda sus propios informes sobre los controles a daños que puedan ocasionar.

⁴⁴ Tomado parcialmente de notas de El Periódico y Prensa Libre y publicado en internet

3. La Ley de Minería vigente no contempla ni garantiza mecanismos de inclusión, participación y consulta a las poblaciones afectadas en materia de las actividades mineras, lo que contradice la Ley de Consejos de Desarrollo Urbano y Rural y el Convenio 169 de la OIT. En ambos casos se requiere que las poblaciones afectadas sean informadas y otorguen su consentimiento a través de un mecanismo de consulta de buena fe.
4. La Ley de Minería contempla que la regalía minera se paga únicamente por los minerales metálicos declarados, no así por las denominadas tierras ácidas o raras (que incluyen oro, plata, otros metales y tierras inertes, cuando todavía no son separados).
5. El monto de las regalías no es negocio para el país, porque sólo le corresponde el 0.5% al municipio y el 0.5% al Estado, pero en ninguno de los dos casos se garantiza que dichos recursos se reinviertan en desarrollo rural, mitigación y protección ambiental.

Así convirtieron a Guatemala en país minero:

La expansión minera en Guatemala tiene un origen sospechoso, según Melini. *"El marco regulatorio, el Decreto 48-97, surge en 1997 al tenor de una ola de desarrollo de legislación minera en Centroamérica con financiamientos dudosos provenientes de Canadá"*.

Esto dio como consecuencia *"que en Guatemala tengamos una legislación minera débil"*, lo cual atrajo a las compañías mineras transnacionales, lamenta Melini.

Resume que dicha debilidad se presenta *"en los temas de estudios de impacto ambiental, participación ciudadana, derechos de los pueblos indígenas y en la parte de regalías mineras"*. Recordó que esta Ley se aprobó sin mayor discusión, y que *"cuando algunos grupos de ciudadanos y sectores opinamos sobre temas como las debilidades en los controles ambientales, no se nos escuchó"*.

"Procesos similares ocurrieron en otros países de Centroamérica, lo que significa que hubo algún tipo de lineamiento de algún interés foráneo por tener legislaciones blandas en la región", dijo.

Batalla contra debilidad de la Ley

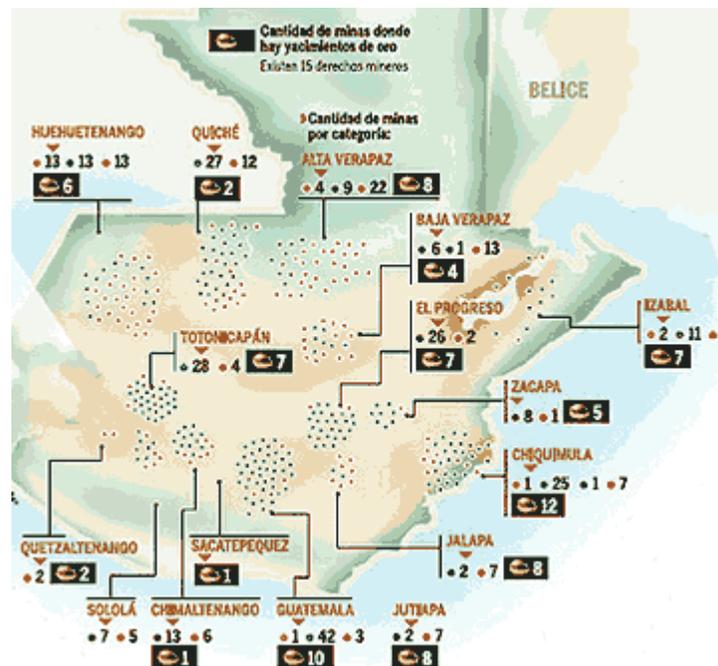
....

3. Mientas tanto, la comisión legislativa de Medio Ambiente dictaminó a favor de una iniciativa propia que persigue reformar la Ley de Minería, ampliando el margen de regalías para el país, de un 1% a un 10%....

Ministerio defiende ventajas

- En cuanto al tema de los escasos beneficios, como el 1% de las ganancias que arrojará la explotación minera, el director de Minería del MEM, Jorge García, no lo ve desfavorable para Guatemala. Explica que esta actividad genera otros beneficios a través de los impuestos que pagan las compañías mineras. En el caso de "Marlin I", estima que ascenderán a unos Q300 millones en diez años de operaciones, a razón de Q30 millones anuales.
- Parte de estos recursos provendrán del 31 por ciento del Impuesto Sobre la Renta (ISR), que la compañía Montana reporte. Como garantía de una justa asignación, García afirma que, tanto el MEM como la Superintendencia de Administración Tributaria (SAT), ejercerán controles estrictos para evitar que la empresa declare beneficios inferiores.
- Melini no confía en estas promesas y observa una contradicción oficial. *"Es contradictorio que el Presidente salga defendiendo el proceso de desarrollo de la industria minera y le dé Q26 millones este año al Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales"*, un monto que considera insuficiente.

- *"¿Cómo va a poder cumplir un control ambiental un organismo que tiene que ser fuerte y coercitivo, si no tiene presupuesto?"*, se pregunta.



Capítulo 3

TRASLADOS Y REUBICACIÓN DE PUEBLOS INDÍGENAS DE SUS TIERRAS Y TERRITORIOS

Artículo 16

1.- A reserva de lo dispuesto en los párrafos siguientes de este artículo, los pueblos interesados no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan.

2.- Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados.

3.- Siempre que sea posible, estos pueblos deberán tener el derecho de regresar a sus tierras tradicionales en cuanto dejen de existir las causas que motivaron su traslado y reubicación.

4.- Cuando el retorno no sea posible, tal como se determine por acuerdo o, en ausencia de tales acuerdos, dichos pueblos deberán recibir, en todos los casos posibles, tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente, y que les permita subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. Cuando los pueblos interesados prefieran recibir una indemnización en dinero o en especie, deberá concedérseles dicha indemnización, con las garantías apropiadas.

5.- Deberá indemnizarse plenamente a las personas trasladadas y reubicadas por cualquier pérdida o daño que hayan sufrido como consecuencia de su desplazamiento.

A. Doctrina y consideraciones generales

► Traslados, reubicación y compensación⁴⁵

El artículo 16 es uno de los artículos clave del Convenio ya que los pueblos indígenas por el no reconocimiento de sus derechos consuetudinarios sobre la tierra, a menudo son reubicados o forzados a abandonar sus tierras. Relacionado con ello, la compensación e indemnizaciones recibidas son, en general, insuficientes e inapropiadas.

Como estipula este artículo, el principio general de toda la disposición es que *“los pueblos indígenas no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan”*. Si la reubicación es necesaria como una medida excepcional entra el **numeral 2** del Artículo que regula las condiciones que son:

- Que se efectúa con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa, y
- al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados.

El numeral 3 del Artículo establece que en lo posible los pueblos indígenas puedan regresar a sus tierras tradicionales cuando terminen las causas que motivaron su traslado y reubicación, que en este caso podría ser un desastre ecológico, un conflicto armado o guerra, entre otros. En los casos registrados al respecto, muchas veces los pueblos indígenas habían perdido sus tierras para siempre.

Por ello, el **numeral 4** prevé que *“dichos pueblos deberán recibir, en todos los casos posibles, tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente, y que les permita subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro”*. El **numeral 5** regula la indemnización por pérdida y daño causados por la reubicación.

Aquí de nuevo se debe aplicar el artículo 6 del Convenio, del apartado Política General, en que el Estado asume la obligación de consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas

⁴⁵ Parte de contenido es tomado de la Guía de la OIT sobre el Convenio 169.

cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente, lo mismo que establecer canales de participación, desarrollo e iniciativa de esos pueblos, coinciden con los principios y valores democráticos.

En los territorios indígenas un problema fundamental es muchas veces la debida identificación de los representantes legítimos o validados por las diversas comunidades o asociaciones existentes. Si esto es así, se debe consultar a la comunidad indígena entera a través de mecanismos democráticos apropiados. Esto implica convocar a través de todos los medios posibles a todas las personas de la comunidad afectada en cuestión.

Además el Convenio 169 de la OIT es claro, al establecer que la consulta debe realizarse en las comunidades que podrían verse directamente afectadas por una decisión de tipo administrativo. Por esta razón, ningún intermediario sería avalado para tomar una decisión de esa trascendencia a nombre de todo un pueblo indígena.

Cabe recordar que no es un privilegio de los pueblos indígenas el participar en todo lo que les afecte, es un derecho y que por ende es exigible. Y no es una opción del Estado hacer esta consulta, es su obligación jurídica legal, por lo que es ineludible e impostergable su cumplimiento.

Para los pueblos indígenas, el valor de la tierra no puede cuantificarse económicamente. Desde su cosmovisión, la tierra no les pertenece, ellos pertenecen a la madre tierra. Los pueblos indígenas consideran la tierra como su madre, aquella que les da la vida, los alimentos, la vestimenta, y aquella que les recibe en sus entrañas cuando se llega al final. Aquí, más que una relación de propiedad, existe una relación espiritual apoyada por la cosmovisión.

Con pleno conocimiento de esta relación la OIT a través del Convenio 169 estableció por eso en el Artículo 16 el principio general que no se traslade o se reubique a los pueblos indígenas.

Además de esta disposición del Artículo 16, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales formuló en relación al derecho a la vivienda adecuada, relacionado con el de ocupar sus tierras, una observación general para la debida interpretación del Artículo 11, párrafo 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales.

Observación general N° 7

Las mujeres, los niños, los jóvenes, los ancianos, los pueblos indígenas, las minorías étnicas y de otro tipo, así como otros individuos y grupos vulnerables, se ven afectados en medida desproporcionada por la práctica de los desalojos forzosos. En todos estos grupos las mujeres son particularmente vulnerables a causa de la discriminación jurídica y otras formas de discriminación que suelen darse en materia de derecho de propiedad (incluida la propiedad de

una vivienda) o del derecho de acceso a la propiedad o a la vivienda, y de su particular vulnerabilidad a los actos de violencia y abuso sexual cuando se quedan sin hogar. Las disposiciones contra la discriminación del párrafo 2 del artículo 2 y del artículo 3 del Pacto imponen a los gobiernos la obligación adicional de velar por que, cuando se produzca un desalojo, se adopten medidas apropiadas para impedir toda forma de discriminación. (Los desalojos forzosos, 16° período de sesiones 1997)*

➤ Referencias a la situación de Guatemala

En Guatemala un problema especial dentro de los traslados forzosos es el caso de los miles de indígenas que en consecuencia del conflicto armado dejaron sus tierras/aldeas y repoblaron en otras zonas del país o fueron al refugio y regresaron después de años, ya privado de sus pertenencias, sus cosechas, sin opción de regreso, separados de su comunidad lingüística, destruido el tejido social de la comunidad y sin protección y apoyo adecuados del Estado. Esta situación crea pobreza y conflictividad.

El abandono de sus tierras y territorios no fue voluntario sino forzado por el peligro de vida, por expulsión y destrucción de los lugares de asentamiento de la población a causa de políticas de tierra arrasada promovida por el entonces régimen de Estado.

El Acuerdo para el Reasentamiento de las comunidades desarraigadas por el conflicto armado considera esta situación que incluye tanto los refugiados, los desplazados internos y las Comunidades de Población en Resistencia.

En su Preámbulo el Acuerdo describe:

"la dimensión traumática nacional que asumió el desarraigo durante el enfrentamiento armado en el país, en sus componentes humano, cultural, material, psicológico, económico, político y social, que ocasionó violaciones a los derechos humanos y grandes sufrimientos para las comunidades que se vieron esforzados a abandonar sus hogares, formas de vida, así como para aquellas poblaciones que permanecieron en dichas áreas."

En su capítulo segundo, numeral 3 estipula:

"Tener en cuenta los derechos de las diversas comunidades indígenas, mayoritariamente mayas, especialmente en cuanto al respeto y promoción de sus formas de vida, identidad cultural, costumbres, tradiciones y organización social."

* Figura en el documento E/1998/22, anexo IV.

En su numeral 8 relaciona el reasentamiento con la seguridad jurídica en la tenencia (uso, propiedad y posesión) de la tierra en relación a los medios de prueba sobre los derechos correspondientes. Enumera los siguientes problemas al respecto:

- Problemas en el registro
- Desaparición de archivos del INTA
- Debilidad de los organismos especializados en las municipalidades
- Cancelación de derechos sobre la base de la aplicación improcedente de las disposiciones relativas al abandono voluntario
- La existencia de segundos ocupantes, entre otros.

En consecuencia fija el Numeral 9 el compromiso del Gobierno:

“En el caso del abandono de tierras a causa del enfrentamiento armado, el Gobierno se compromete a revisar y promover las disposiciones legales que eviten considerarlo como abandono voluntario y ratifica la imprescriptibilidad de los derechos de tenencia de la tierra. En este contexto promoverá la devolución de las tierras a los poseedores originarios y/o buscará soluciones compensatorias adecuadas.”

Hay algunos casos especiales que ejemplifican la materia, pero a los cuales no se pueden aplicar las disposiciones del Artículo 16 del Convenio 169 por extemporales, como es el caso de la comunidad indígena achí de Río Negro, caso ilustrativo No.10 de la Comisión de Esclarecimiento Histórico⁴⁶, en que masacres en repetidas veces desde 1980 fueron efectuadas contra la comunidad maya achí en función de necesitar sus tierras para la construcción de la presa hidroeléctrica del río Chixoy, auspiciado por el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF) y el Banco Mundial. En estos casos, las disposiciones de los Acuerdos de Paz, que formulan compromisos del Gobierno, son doblemente importantes ya que se refieren a la materia en profundidad. La figura delictiva perseguida, en base a la legislación y normas internacionales vigentes, es la de un crimen de lesa humanidad como es la del genocidio.

⁴⁶ Guatemala. Memoria del Silencio. Tomo VI, p. 45 ss., Edición 1999.

B. Normas aplicables

► Normas internacionales

1. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:*

Artículo 26. Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Artículo 27. En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.

2. *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales:*

Artículo 11

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.
2. Los Estados Partes en el presente Pacto, reconociendo el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre, adoptarán, individualmente y mediante la cooperación internacional, las medidas, incluidos los programas concretos, que se necesitan para:
 - a) Mejorar los métodos de producción, conservación y distribución de alimentos mediante la plena utilización de los conocimientos técnicos y científicos, la divulgación de principios sobre nutrición y el perfeccionamiento o la reforma de los regímenes agrarios de modo que se logren la explotación y la utilización más eficaces de las riquezas naturales;

-
- b) Asegurar una distribución equitativa de los alimentos mundiales en relación con las necesidades, teniendo en cuenta los problemas que se plantean tanto a los países que importan productos alimenticios como a los que los exportan.

3. Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas del delito y del abuso de poder:

Adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985.

A. LAS VÍCTIMAS DE DELITOS.

1. Se entenderá por "víctimas" las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder.

2. Podrá considerarse "víctima" a una persona, con arreglo a la presente Declaración, independientemente de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al perpetrador e independientemente de la relación familiar entre el perpetrador y la víctima. En la expresión "víctima" se incluye además, en su caso, a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización.

3. Las disposiciones de la presente Declaración serán aplicables a todas las personas sin distinción alguna, ya sea de raza, color, sexo, edad, idioma, religión, nacionalidad, opinión política o de otra índole, creencias o prácticas culturales, situación económica, nacimiento o situación familiar, origen étnico o social, o impedimento físico.

Acceso a la justicia y trato justo.

4. Las víctimas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad. Tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido, según lo dispuesto en la legislación nacional.

5. Se establecerán y reforzarán, cuando sea necesario, mecanismos judiciales y administrativos que permitan a las víctimas obtener reparación mediante procedimientos oficiales u oficiosos que sean expeditos, justos, poco costosos y accesibles. Se informará a las víctimas de sus derechos para obtener reparación mediante esos mecanismos.

6. Se facilitará la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas:

- a) Informando a las víctimas de su papel y del alcance, el desarrollo cronológico y la marcha de las actuaciones, así como de la decisión de sus causas, especialmente cuando se trate de delitos graves y cuando hayan solicitado esa información;

-
- b) Permitiendo que las opiniones y preocupaciones de las víctimas sean presentadas y examinadas en etapas apropiadas de las actuaciones siempre que estén en juego sus intereses, sin perjuicio del acusado y de acuerdo con el sistema nacional de justicia penal correspondiente;
 - c) Prestando asistencia apropiada a las víctimas durante todo el proceso judicial;
 - d) Adoptando medidas para minimizar las molestias causadas a las víctimas, proteger su intimidad, en caso necesario, y garantizar su seguridad, así como la de sus familiares y la de los testigos en su favor, contra todo acto de intimidación y represalia;
 - e) Evitando demoras innecesarias en la resolución de las causas y en la ejecución de los mandamientos o decretos que concedan indemnizaciones a las víctimas.

7. Se utilizarán, cuando proceda, mecanismos oficiosos para la solución de controversias, incluidos la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinaria o autóctonas, a fin de facilitar la conciliación y la reparación en favor de las víctimas.

Resarcimiento.

8. Los delincuentes o los terceros responsables de su conducta resarcirán equitativamente, cuando proceda, a las víctimas, sus familiares o las personas a su cargo. Ese resarcimiento comprenderá la devolución de los bienes o el pago por los daños o pérdidas sufridos, el reembolso de los gastos realizados como consecuencia de la victimización, la prestación de servicios y la restitución de derechos.

9. Los gobiernos revisarán sus prácticas, reglamentaciones y leyes de modo que se considere el resarcimiento como una sentencia posible en los casos penales, además de otras sanciones penales.

10. En los casos en que se causen daños considerables al medio ambiente, el resarcimiento que se exija comprenderá, en la medida de lo posible, la rehabilitación del medio ambiente, la reconstrucción de la infraestructura, la reposición de las instalaciones comunitarias y el reembolso de los gastos de reubicación cuando esos daños causen la disgregación de una comunidad.

11. Cuando funcionarios públicos u otros agentes que actúen a título oficial o *cuasi* oficial hayan violado la legislación penal nacional, las víctimas serán resarcidas por el Estado cuyos funcionarios o agentes hayan sido responsables de los daños causados. En los casos en que ya no exista el gobierno bajo cuya autoridad se produjo la acción u omisión victimizadora, el Estado o gobierno sucesor deberá proveer al resarcimiento de las víctimas.

Indemnización.

12. Cuando no sea suficiente la indemnización procedente del delincuente o de otras fuentes, los Estados procurarán indemnizar financieramente:

-
- a) A las víctimas de delitos que hayan sufrido importantes lesiones corporales o menoscabo de su salud física o mental como consecuencia de delitos graves;
 - b) A la familia, en particular a las personas a cargo, de las víctimas que hayan muerto o hayan quedado física o mentalmente incapacitadas como consecuencia de la victimización.

Asistencia.

14. Las víctimas recibirán la asistencia material, médica, psicológica y social que sea necesaria, por conducto de los medios gubernamentales, voluntarios, comunitarios y autóctonos.

15. Se informará a las víctimas de la disponibilidad de servicios sanitarios y sociales y demás asistencia pertinente, y se facilitará su acceso a ellos.

16. Se proporcionará al personal de policía, de justicia, de salud, de servicios sociales y demás personal interesado capacitación que lo haga receptivo a las necesidades de las víctimas y directrices que garanticen una ayuda apropiada y rápida.

17. Al proporcionar servicios y asistencia a las víctimas, se prestará atención a las que tengan necesidades especiales por la índole de los daños sufridos o debido a factores como los mencionados en el párrafo 3 *supra*.

B. LAS VÍCTIMAS DEL ABUSO DE PODER.

18. Se entenderá por "víctimas" las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que no lleguen a constituir violaciones del derecho penal nacional, pero violen normas internacionalmente reconocidas relativas a los derechos humanos.

19. Los Estados considerarán la posibilidad de incorporar a la legislación nacional normas que proscriban los abusos de poder y proporcionen remedios a las víctimas de esos abusos. En particular, esos remedios incluirán el resarcimiento y la indemnización, así como la asistencia y el apoyo materiales, médicos, psicológicos y sociales necesarios.

20. Los Estados considerarán la posibilidad de negociar tratados internacionales multilaterales relativos a las víctimas, definidas en el párrafo 18.

21. Los Estados revisarán periódicamente la legislación y la práctica vigentes para asegurar su adaptación a las circunstancias cambiantes, promulgarán y aplicarán, en su caso, leyes por las cuales se prohíban los actos que constituyan graves abusos de poder político o económico y se fomenten medidas y mecanismos para prevenir esos actos, y establecerán derechos y recursos adecuados para las víctimas de tales actos, facilitándoles su ejercicio.

4. Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio:

Artículo 1. Las Partes contratantes confirman que el genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de derecho internacional que ellas se comprometen a prevenir y sancionar.

Artículo 2. En la presente Convención, se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal:

- a) Matanza de miembros del grupo;**
- b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;**
- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;**
- d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo;**
- e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo.**

Artículo 3. Serán castigados los actos siguientes:

- a) El genocidio;
- b) La asociación para cometer genocidio;
- c) La instigación directa o pública a cometer genocidio;
- d) La tentativa de genocidio;
- e) La complicidad en el genocidio.

5. Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad:

PREÁMBULO

Los Estados Partes en la presente Convención,

Recordando las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 170 (II) de 31 de octubre de 1947, sobre la extradición y el castigo de los criminales de guerra; la resolución 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, que confirma los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg y por el fallo de este Tribunal, y las resoluciones 2184 (XXI) de 12 de diciembre de 1966 y 2202 (XXI) de 16 de diciembre de 1966, que han condenado expresamente como crímenes contra la humanidad la violación de los derechos económicos y políticos de la población autóctona, por una parte, y la política de *apartheid*, por otra,

Recordando las resoluciones del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas 1074 D (XXXIX) de 28 de julio de 1965 y 1158 (XLI) de 5 de agosto de 1966, relativas al castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad,

Observando que en ninguna de las declaraciones solemnes, instrumentos o convenciones para el enjuiciamiento y castigo de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad se ha previsto limitación en el tiempo,

Considerando que los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad figuran entre los delitos de derecho internacional más graves,

Convencidos de que la represión efectiva de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad es un elemento importante para prevenir esos crímenes y proteger los derechos humanos y libertades fundamentales, y puede fomentar la confianza, estimular la cooperación entre los pueblos y contribuir a la paz y la seguridad internacionales,

Advirtiendo que la aplicación a los crímenes de guerra y a los crímenes de lesa humanidad de las normas de derecho interno relativas a la prescripción de los delitos ordinarios suscita grave preocupación en la opinión pública mundial, pues impide el enjuiciamiento y castigo de las personas responsables de esos crímenes,

Reconociendo que es necesario y oportuno afirmar en derecho internacional, por medio de la presente Convención, el principio de la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad y asegurar su aplicación universal,

Artículo 1. Los crímenes siguientes son imprescriptibles, cualquiera que se la fecha en que se hayan cometido:

- a) Los crímenes de guerra según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, sobre todo las “infracciones graves” enumeradas en los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 para la protección de las víctimas de la guerra;
- b) Los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, así como la expulsión por ataque armado u ocupación y los actos inhumanos debidos a la política de *apartheid* y el delito de genocidio definido en la Convención de 1948 para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio aún si esos actos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos.

► Normas nacionales

1. **Constitución Política de la República:**

Artículo 44. Derechos inherentes a la persona humana. Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana.

El interés social prevalece sobre el interés particular.

Serán nulas *ipso jure* las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza.

Artículo. 58. Identidad cultural. Se reconoce el derecho de las personas y de las comunidades a su identidad cultural de acuerdo a sus valores, su lengua y sus costumbres.

Artículo 67. Protección a las tierras y las cooperativas agrícolas indígenas. Las tierras de las cooperativas, comunidades indígenas o cualquier otras formas de tenencia comunal o colectiva de propiedad agraria, así como el patrimonio familiar y vivienda popular, gozarán de protección especial del Estado, de asistencia crediticia y de técnica preferencial, que garanticen su posesión y desarrollo, a fin de asegurar a todos los habitantes una mejor calidad de vida.

Las comunidades indígenas y otras que tengan tierras que históricamente les pertenecen y que tradicionalmente han administrado en forma especial, mantendrán ese sistema.

Artículo 68. Tierras para comunidades indígenas. Mediante programas especiales y legislación adecuada, el Estado proveerá de tierras estatales a las comunidades indígenas que las necesiten para su desarrollo.

Artículo 173. (Adicionado) Procedimiento consultivo. Las decisiones políticas de especial trascendencia deberán ser sometidas a procedimiento consultivo de todos los ciudadanos.

La consulta será convocada por el Tribunal Supremo Electoral a iniciativa del Presidente de la República o del Congreso de la República, que fijarán con precisión la o las preguntas se someterán a los ciudadanos.

2. *Legislación nacional:*

Código Penal

Artículo 376. Genocidio. Comete delito de genocidio quien, con el propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico o religioso, efectuare cualquiera de los siguientes hechos:

1. Muerte de miembros del grupo;
2. Lesión que afecte gravemente la integridad física o mental de miembros del grupo;
3. **Sometimiento del grupo o de miembros del mismo, a condiciones de existencia que pueda producir su destrucción física, total o parcial;**
4. **Desplazamiento compulsivo de niños o adultos del grupo, a otro grupo;**
5. Medidas destinadas a esterilizar a miembros del grupo o de cualquier otra manera impedir su reproducción.

El responsable de genocidio será sancionado con prisión de 30 a 50 años.

C. Análisis de casos, estadísticas y/o situaciones aplicables

► Caso 1

A la población que habita en el territorio que históricamente ha sido Nahualá, departamento de Sololá, se les trasladó a otro territorio, debido a la erosión del suelo y el peligro inminente para las personas que ahí habitaban. El Gobierno decidió el traslado hacia otro territorio sin que mediara la consulta a la población interesada.

La ONG denominada Defensoría Maya, consideró que dicho traslado debía ser por medio de una ley emitida por el Congreso de la República e implementada por el Tribunal Supremo Electoral, de manera que se les consultara a los afectados.

En este sentido, debe recordarse que, conforme a la ley debe consultarse a la población indígena afectada de manera previa a través de un plebiscito que el Congreso ordenara celebrar en la comunidad que fue trasladada y a las próximas de donde será asentada la primera.

De manera que lo procedente sería, que se inicie por el Congreso un procedimiento de revisión del tema sobre la base de un plebiscito en las poblaciones involucradas, el cual habría de ser ordenado por ley y dirigido al Tribunal Supremo Electoral conforme a la Constitución y a la Ley Electoral y de Partidos Políticos.

Sobre este extremo, se considera que, para trasladar a la población hacia otro territorio, debe seguirse por analogía el mismo procedimiento fijado en la ley para la creación de nuevos municipios y aldeas. No está en juego ningún problema de autodeterminación política ni, por lo tanto, de competencias originarias que no sean las administrativas derivadas del orden jurídico nacional. De manera que cuando las leyes adoptan la posibilidad de una consulta popular, que permitiría en este caso

resolver el destino definitivo de la población y el territorio en mención, sólo se estaría empleando un instrumento técnico de la más pura inspiración democrática.

► Preguntas

Responda las preguntas que se presentan a continuación.

- ¿Considera que el Gobierno debió realizar una consulta popular previo a decidir si trasladaba a la población de Nahualá?

- ¿Qué medidas legales pueden ejercer las personas afectadas por el traslado?

- ¿Cuál ha debido ser el procedimiento que debió llevar el Gobierno para no violentar el artículo 16 del Convenio 169?

- ¿Qué procedimientos administrativos y judiciales cree usted que no se agotaron?

Capítulo 4

CONTRATACIÓN Y CONDICIONES DE EMPLEO. PROTECCIÓN DE DERECHOS LABORALES

Artículo 20

1.- Los gobiernos deberán adoptar, en el marco de su legislación nacional y en cooperación con los pueblos interesados, medidas especiales para garantizar a los trabajadores pertenecientes a esos pueblos una protección eficaz en materia de contratación y condiciones de empleo, en la medida en que no estén protegidos eficazmente por la legislación aplicable a los trabajadores en general.

2.- Los gobiernos deberán hacer cuanto esté en su poder por evitar cualquier discriminación entre los trabajadores pertenecientes a los pueblos interesados y los demás trabajadores, especialmente en lo relativo a:

- a) acceso al empleo, incluidos los empleos calificados y las medidas de promoción y de ascenso;*
- b) remuneración igual por trabajo de igual valor;*
- c) asistencia médica y social, seguridad e higiene en el trabajo, todas las prestaciones de seguridad social y demás prestaciones derivadas del empleo, así como la vivienda;*
- d) derecho de asociación, derecho a dedicarse libremente a todas las actividades sindicales para fines lícitos, y derecho a concluir convenios colectivos con empleadores o con organizaciones de empleadores.*

3.- Las medidas adoptadas deberán en particular garantizar que:

- a) los trabajadores pertenecientes a los pueblos interesados, incluidos los trabajadores estacionales, eventuales y migrantes empleados en la agricultura o en otras actividades, así como los empleados por contratistas de mano de obra, gocen de la protección que confieren la legislación y la práctica nacionales a otros trabajadores de estas categorías en los mismos sectores, y sean plenamente informados de sus derechos con arreglo a la legislación laboral y de los recursos de que disponen;*
- b) los trabajadores pertenecientes a estos pueblos no estén sometidos a condiciones de trabajo peligrosas para su salud, en particular como consecuencia de su exposición a plaguicidas o a otras sustancias tóxicas;*
- c) los trabajadores pertenecientes a estos pueblos no estén sujetos a sistemas de contratación coercitivos, incluidas todas las formas de servidumbre por deudas;*

d) *los trabajadores pertenecientes a estos pueblos gocen de igualdad de oportunidades y de trato para hombres y mujeres en el empleo y de protección contra el hostigamiento sexual.*

4.- *Deberá prestarse especial atención a la creación de servicios adecuados de inspección del trabajo en las regiones donde ejerzan actividades asalariadas trabajadores pertenecientes a los pueblos interesados, a fin de garantizar el cumplimiento de las disposiciones de esta parte del presente Convenio.*

Artículo 21

Los miembros de los pueblos interesados deberán poder disponer de medios de formación profesional por lo menos iguales a los de los demás ciudadanos.

Artículo 22

1.- *Deberán tomarse medidas para promover la participación voluntaria de miembros de los pueblos interesados en programas de formación profesional de aplicación general.*

2.- *Cuando los programas de formación profesional de aplicación general existentes no respondan a las necesidades especiales de los pueblos interesados, los gobiernos deberán asegurar, con la participación de dichos pueblos, que se pongan a su disposición programas y medios especiales de formación.*

3.- *Estos programas especiales de formación deberán basarse en el entorno económico, las condiciones sociales y culturales y las necesidades concretas de los pueblos interesados. Todo estudio a este respecto deberá realizarse en cooperación con esos pueblos, los cuales deberán ser consultados sobre la organización y el funcionamiento de tales programas. Cuando sea posible, esos pueblos deberán asumir progresivamente la responsabilidad de la organización y el funcionamiento de tales programas especiales de formación, si así lo deciden.*

Artículo 23

1.- *La artesanía, las industrias rurales y comunitarias y las actividades tradicionales y relacionadas con la economía de subsistencia de los pueblos interesados, como la caza, la pesca, la caza con trampas y la recolección, deberán reconocerse como factores importantes del mantenimiento de su cultura y de su autosuficiencia y desarrollo económicos. Con la participación de esos pueblos, y siempre que haya lugar, los gobiernos deberán velar por que se fortalezcan y fomenten dichas actividades.*

2.- A petición de los pueblos interesados, deberá facilitárseles, cuando sea posible, una asistencia técnica y financiera apropiada que tenga en cuenta las técnicas tradicionales y las características culturales de esos pueblos y la importancia de un desarrollo sostenido y equitativo.



A. Doctrina y consideraciones generales

► Contratación y Condiciones de Empleo⁴⁷

Historia de la OIT en materia laboral:

La Organización Internacional del Trabajo –OIT-, desde sus orígenes en 1919, ha planteado la necesidad de regular las relaciones laborales sobre la base de la dignidad humana, la justicia social y la libertad de asociación. En materia indígena ha sido uno de los organismos que más se ha preocupado, no sólo por la cuestión laboral, sino por el estado de situación de los diferentes pueblos indígenas alrededor del orbe.

Es en el año de 1926 que la OIT crea una comisión de expertos a la cual se le encargó preparar las normas internacionales para la protección de los trabajadores indígenas y tribales. A través de las investigaciones de esta comisión se constató que la situación de los trabajadores indígenas no podía regularse aisladamente de la situación socioeconómica de estos pueblos.

Así, en 1957 la OIT adopta el Convenio 107 sobre Poblaciones Indígenas y Tribales, que en su preámbulo destacan las siguientes palabras:

“Considerando que es deseable, tanto desde el punto de vista humanitario como por el propio interés de los países interesados, perseguir el mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo de esas poblaciones ejerciendo una acción simultánea sobre todos los factores que les han impedido hasta el presente participar plenamente en el progreso de la colectividad nacional de que forma parte.”

Sin embargo, al transcurrir los años, los pueblos indígenas y algunas organizaciones se manifestaron en contra del corte integracionista de este Convenio. Por ello, en 1989 se emite el nuevo Convenio 169 que plantea básicamente el derecho de los pueblos indígenas al reconocimiento, respeto y participación.

⁴⁷ Su contenido es tomado parcialmente de documentos de la OIT y la misma Guía del Convenio 169.

Discriminación en relación a los derechos laborales:

No obstante ello, y la vigencia de dicho Convenio en varios países, los habitantes de los pueblos indígenas se encuentran aún al margen de la fuerza laboral formal y asalariada, entre otras razones, por falta de capacitación y preparación. De allí que son contratados -principalmente- en empleos marginales en la agricultura. Estas contrataciones, muchas veces, son abusivas, por cuanto no se reconoce salario mínimo; tampoco laboran en condiciones adecuadas, ya que muchas veces, deben pernoctar en galerones o deben compartir su espacio de descanso con animales domésticos.

La relación laboral no se rige por contratos, y cuando los hay, los habitantes indígenas no hablan el idioma español o no saben leer como para entender su contenido.

Esta situación ha llevado a formular de manera precisa las disposiciones de contratación y empleo para pueblos indígenas, cuyo eje central son dos planteamientos:

- *el trato en condiciones y oportunidades iguales con los demás trabajadores, es decir, no discriminatorio y*
- *tomando en consideración su vulnerabilidad por su especial condición cultural, de idioma y procedencia rural.*

Como se verá, los artículos aquí tratados del Convenio, principalmente son de **equiparación con los demás trabajadores** y no plantean derechos nuevos.

El artículo 20 se refiere a estas situaciones:

- El trabajo en la economía informal,
- la no sindicalización en el campo,
- la desprotección legal y real aunque existiendo un marco legal protector,
- la explotación por contratistas inescrupulosos o
- la condición de ser trabajador migrante.

Esto hace que en general trabajadores indígenas hagan trabajos más onerosos y los peor remunerados. Requieren por ello de la protección especial a través de medidas especiales en materia de contratación y condiciones de empleo.

Esta protección especial es en primer lugar legal y luego administrativa y judicial, en cuanto la creación de mecanismos de control sobre el cumplimiento de la ley.

También en esta materia, el Convenio llama a los Gobiernos que se creen esas medidas especiales en conjunto y con participación con los pueblos interesados. Los campos que deben recibir especial atención, de acuerdo al artículo 20 son:

-
- Acceso al empleo y el desarrollo profesional
 - Remuneración igual por trabajo de igual valor
 - Asistencia médica y prestaciones sociales
 - Vivienda
 - Seguridad y higiene en el trabajo
 - Derecho a asociarse libremente en sindicatos para fines lícitos

El objetivo de estas medidas es gozar de la protección que confiere la legislación nacional a otros trabajadores de las mismas categorías y sectores y protegerlos de la coacción y de la servidumbre por deudas.

El artículo 20 del Convenio 169 reitera la necesidad de crear servicios adecuados de la inspección de trabajo a fin de garantizar el cumplimiento de las normas.

► **Derechos de la Mujer trabajadora indígena**

Finalmente, se debe procurar que exista igualdad entre hombres y mujeres en el empleo.

La disposición el numeral 3, literal d) es única en el ámbito internacional refiriéndose a la protección de la trabajadora indígena en contra el hostigamiento y abuso sexual.

El Acuerdo sobre Identidad y derechos de los pueblos indígenas reitera la necesidad de la protección contra el acoso sexual, reconociendo:

“la particular vulnerabilidad e indefensión de la mujer indígena frente a la doble discriminación como mujer e indígena, con el agravante de una situación social de particular pobreza y explotación”.

El Gobierno se comprometió, sin resultado al día de hoy en el Congreso, promover una legislación que tipifique el acoso sexual como delito y considere como agravante en la definición de la sanción el que haya sido cometido contra una mujer indígena.⁴⁸

► **Formación profesional**

El Artículo 21 se refiere al derecho de formación profesional y disponer para ello de los mismos medios que los demás ciudadanos.

El Artículo 22 especifica que la formación profesional debe ser de forma voluntaria y responder a sus necesidades especiales, por lo que el Gobierno debe asegurar que los programas generales sean adaptados a las mismas con apoyo de los pueblos indígenas y su progresiva responsabilidad en los programas de acuerdo a:

⁴⁸ Capítulo II, B. 1.a)

-
- Las condiciones sociales
 - Las condiciones culturales
 - Necesidades concretas

El artículo 23 especifica las áreas de especial importancia para la conservación de la cultura y forma de vida, debido a las economías tradicionales y de subsistencia de los pueblos interesados.

Especial peso pone en el **reconocimiento de la economía de subsistencia**: la caza, pesca, la recolección y la siembra de alimentos básicos como el maíz, el frijol y otros para el mantenimiento de la autosuficiencia de los pueblos indígenas, de su cultura y para su desarrollo económico.

Frente a los intereses comerciales de la producción agraria, esta área no es comprendida por los empresarios del agro ni a menudo por los mismos funcionarios del Gobierno. Sin embargo resulta sumamente importante para lidiar con la pobreza, el hambre y malnutrición que se impone cuando se crea dependencia sólo a productos comerciales a los cuales la población indígena no accede generalmente por su precio y disponibilidad geográfica, a parte de que muchas veces no son culturalmente pertinentes.

El Relator Especial Martínez Cobo ha constatado en su informe:

164. La caza, la pesca y la agricultura tradicionales de las poblaciones indígenas fueron denunciadas como prácticas primitivas, ineficaces e incluso nocivas que debían abandonarse. Los asentamientos indígenas agrícolas o ganaderos se calificaron de perjudiciales para la economía nacional por cuanto perpetúan modalidades de economía de subsistencia.

De suma importancia es numeral 3 del Artículo 23 que se refiere a la **prestación de asistencia técnica y financiera apropiada** a las formas organizativas indígenas en el interés de su desarrollo sostenido y equitativo.

A nivel nacional, el **Acuerdo sobre aspectos socioeconómicos y situación agraria** dispone sobre el compromiso del Gobierno de procurar acceso a créditos y servicios financieros igual que a capacitación y asistencia técnica. la Ley de FONTIERRAS desarrolla normas importantes al respecto.

Un nuevo fenómeno que afecta paulatinamente a trabajadores indígenas es la **migración** no sólo dentro del propio país para encontrar fuentes de trabajo e ingreso, sino también al extranjero, básicamente a países vecinos y los Estados Unidos en el caso de Guatemala. La protección internacional se realizaría a través de la **Convención internacional sobre la protección de los trabajadores migratorios y sus**

familiares, siempre que los países –el que envía trabajadores y el que los reciba- lo hayan ratificado.

► Artesanía e industria rural tradicional

El **artículo 23** también prevé la protección de la artesanía, de las industrias rurales y comunitarias y las actividades tradicionales.

El Relator Martínez Cobo dice al respecto en su estudio:

Protección de la artesanía

187. Se ha comprobado que en diversos países existen medidas para la protección de la artesanía indígena.

188. Un aspecto muy importante en este sentido es la supresión de los intermediarios, así como la prestación de la ayuda financiera y la asistencia técnica que puedan necesitar y solicitar las poblaciones indígenas.

189. La autenticidad de los productos es lógicamente objeto de interés y protección en varios países.

190. La diferencia entre los elevados precios que pagan las poblaciones indígenas por los materiales que necesitan y los bajos precios que reciben por los artículos de artesanía que venden da una idea del grado de abuso y de explotación en este aspecto, que debe corregirse.

En Guatemala, la artesanía indígena e industria rural (sobre todo textil) es una fuente importante de atracción turística y, de la misma forma, de ingreso para los artesanos, sus familias, cooperativas y comunidades. Por esta razón deberían ser protegidos y promovidos.

En estos casos actividades tradicionales están relacionadas con la cultura y la espiritualidad indígenas. La tolerancia y el respeto de las autoridades judiciales y policiales pueden ser promovidas por un conocimiento más profundo de los rasgos culturales de las comunidades en que ejercen su jurisdicción.

B. Normas aplicables

➤ Normas internacionales

1. *Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales:*

Artículo 7. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial:

- a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores:
 - i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual;
 - ii) Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente Pacto;
- b) La seguridad y la higiene en el trabajo;
- c) Igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad;
- d) El descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las variaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos.

Artículo 8.

- 1. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar:
 - a) El derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales. No podrán imponerse otras restricciones al ejercicio de este derecho que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos;
 - b) El derecho de los sindicatos a formar federaciones o confederaciones nacionales y el de éstas a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas;

-
- c) El derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos y sin otras limitaciones que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos;
 - d) El derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país.
2. El presente artículo no impedirá someter a restricciones legales el ejercicio de tales derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la administración del Estado.
 3. Nada de lo dispuesto en este artículo autorizará a los Estados Partes en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948 relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación a adoptar medidas legislativas que menoscaben las garantías previstas en dicho Convenio o a aplicar la ley en forma que menoscabe dichas garantías.

2. Convención internacional sobre la protección de los trabajadores migratorios y sus familiares:

Artículo 7. Los Estados Partes se comprometerán, de conformidad con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, a respetar y asegurar a todos los trabajadores migratorios y sus familiares que se hallen dentro de su territorio o sometidos a su jurisdicción los derechos previstos en la presente Convención, sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición.

Artículo 25.

1. Los trabajadores migratorios gozarán de un trato que no sea menos favorable que el que reciben los nacionales del Estado de empleo en lo tocante a remuneración y de:
 - a) Otras condiciones de trabajo, es decir, horas extraordinarias, horario de trabajo, descanso semanal, vacaciones pagadas, seguridad, salud, fin de la relación de empleo y cualesquiera otras condiciones de trabajo que, conforme a la legislación y la práctica nacionales, estén comprendidas en este término;
 - b) Otras condiciones de empleo, es decir, edad mínima de empleo, restricción del trabajo a domicilio y cualesquiera otros asuntos que, conforme a la legislación y la práctica nacionales, se consideren condiciones de empleo.
2. No será legal menoscabar en los contratos privados de empleo el principio de igualdad de trato que se menciona en el párrafo 1 del presente artículo.
3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para asegurar que los trabajadores migratorios no sean privados de ninguno de los derechos derivados de este principio a causa de irregularidades en su permanencia o empleo. En particular, los empleadores no quedarán exentos de ninguna obligación jurídica ni contractual, ni sus obligaciones se verán limitadas en forma alguna a causa de cualquiera de esas irregularidades.

Artículo 26.

1. Los Estados Partes reconocerán el derecho de los trabajadores migratorios y sus familiares a:
 - a) Participar en las reuniones y actividades de los sindicatos o de cualesquiera otras asociaciones establecidas conforme a la ley, con miras a proteger sus intereses económicos, sociales, culturales y de otra índole, con sujeción solamente a las normas de la organización pertinente;
 - b) Afiliarse libremente a cualquier sindicato o a cualquiera de las asociaciones citadas, con sujeción solamente a las normas de la organización pertinente;
 - c) Solicitar ayuda y asistencia de cualquier sindicato o de cualquiera de las asociaciones citadas.
2. El ejercicio de tales derechos sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o el orden público o para proteger los derechos y libertades de los demás.

Artículo 27.

1. Los trabajadores migratorios y sus familiares gozarán en el Estado de empleo, con respecto a la seguridad social, del mismo trato que los nacionales en la medida en que cumplan los requisitos previstos en la legislación aplicable de ese Estado o en los tratados bilaterales y multilaterales aplicables. Las autoridades competentes del Estado de origen y del Estado de empleo podrán tomar en cualquier momento las disposiciones necesarias para determinar las modalidades de aplicación de esta norma.
2. Cuando la legislación aplicable no permita que los trabajadores migratorios o sus familiares gocen de alguna prestación, el Estado de que se trate, sobre la base del trato otorgado a los nacionales que estuvieren en situación similar, considerará la posibilidad de reembolsarles el monto de las contribuciones que hubieren aportado en relación con esas prestaciones.

► **Normas nacionales**

1. Constitución Política de la República de Guatemala:

Artículo 69. Traslación de trabajadores y su protección. Las actividades laborales que impliquen traslación de trabajadores fuera de sus comunidades, serán objeto de protección y legislación que aseguren las condiciones adecuadas de salud, seguridad y previsión social que impidan el pago de salarios no ajustados a la ley, la desintegración de esas comunidades y en general todo trato discriminatorio.

Artículo 79. Enseñanza agropecuaria. Se declara de interés nacional el estudio, aprendizaje, explotación, comercialización e industrialización agropecuaria. Se crea como entidad descentralizada, autónoma, con personalidad jurídica y patrimonio propio,

la Escuela Nacional Central de Agricultura; debe organizar, dirigir y desarrollar los planes de estudio agropecuario y forestal de la Nación a nivel de enseñanza media; y se regirá por su propia ley orgánica, correspondiéndole una asignación no menor del cinco por ciento del presupuesto ordinario del Ministerio de Agricultura.

Artículo 80. Promoción de la ciencia y la tecnología. El Estado reconoce y promueve la ciencia y la tecnología como bases fundamentales del desarrollo nacional. La ley normará lo pertinente.

Artículo 100.- Seguridad social. El Estado reconoce y garantiza el derecho a la seguridad social para beneficio de los habitantes de la Nación. Su régimen se instituye como función pública, en forma nacional, unitaria y obligatoria. El Estado, los empleadores y los trabajadores cubiertos por el régimen, con la única excepción de lo preceptuado por el artículo 88 de esta Constitución, tienen obligación de contribuir a financiar dicho régimen y derecho a participar en su dirección, procurando su mejoramiento progresivo.

La aplicación del régimen de seguridad social corresponde al Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, que es una entidad autónoma con personalidad jurídica, patrimonio y funciones propias; goza de exoneración total de impuestos, contribuciones y arbitrios, establecidos o por establecerse. El Instituto Guatemalteco de Seguridad Social debe participar con las instituciones de salud en forma coordinada.

El Organismo Ejecutivo asignará anualmente en el Presupuesto de Ingresos y Egresos del Estado, una partida específica para cubrir la cuota que corresponde al Estado como tal y como empleador, la cual no podrá ser transferida ni cancelada durante el ejercicio fiscal y será fijada de conformidad con los estudios técnicos actuariales del instituto.

SECCIÓN OCTAVA

TRABAJO

Artículo 101.- Derecho al trabajo. El trabajo es un derecho de la persona y una obligación social. El régimen laboral del país debe organizarse conforme a principios de justicia social.

Artículo 102.- Derechos sociales mínimos de la legislación del trabajo. Son derechos sociales mínimos que fundamentan la legislación del trabajo y la actividad de los tribunales y autoridades:

- a) Derecho a la libre elección de trabajo y a condiciones económicas satisfactorias que garanticen el trabajador y a su familia una existencia digna;
- b) Todo trabajo será equitativamente remunerado, salvo lo que al respecto determine la ley;
- c) Igualdad de salario para igual trabajo prestado en igualdad de condiciones, eficiencia y antigüedad;
- d) Obligación de pagar al trabajador en moneda de curso legal. Sin embargo, el trabajador del campo puede recibir, a su voluntad, productos alimenticios hasta

en un treinta por ciento de su salario. En este caso el empleador suministrará esos productos a un precio no mayor de su costo;

- e) Inembargabilidad del salario en los casos determinados por la ley. Los implementos personales de trabajo no podrán ser embargados por ningún motivo. No obstante, para protección de la familia del trabajador y por orden judicial, sí podrá retenerse y entregarse parte del salario a quien corresponda;
- f) Fijación periódica del salario mínimo de conformidad con la ley;
- g) La jornada ordinaria de trabajo efectivo diurno no puede exceder de ocho horas diarias de trabajo, ni de cuarenta y cuatro horas a la semana, equivalente a cuarenta y ocho horas para los efectos exclusivos del pago del salario. La jornada ordinaria de trabajo efectivo nocturno no puede exceder de seis horas diarias, ni de treinta y seis a la semana. La jornada ordinaria de trabajo efectivo mixto no puede exceder de siete horas diarias, ni de cuarenta y dos a la semana. Todo trabajo efectivamente realizado fuera de las jornadas ordinarias, constituye jornada extraordinaria y debe ser remunerada como tal. La ley determinará las situaciones de excepción muy calificadas en las que no son aplicables las disposiciones relativas a las jornadas de trabajo.

Quienes por disposición de la ley, por la costumbre o por acuerdo con los empleadores laboren menos de cuarenta y cuatro horas semanales en jornada diurna, treinta y seis en jornada nocturna, o cuarenta y dos en jornada mixta, tendrán derecho a percibir íntegro el salario semanal.

Se entiende por trabajo efectivo todo el tiempo que el trabajador permanezca a las órdenes o a disposición del empleador;

- h) Derecho del trabajador a un día de descanso remunerado por cada semana ordinaria de trabajo o por cada seis días consecutivos de labores. Los días de asueto reconocidos por la ley también serán remunerados;
- i) Derecho del trabajador a quince días hábiles de vacaciones anuales pagadas después de cada año de servicios continuos, a excepción de los trabajadores de empresas agropecuarias, quienes tendrán derecho de diez días hábiles. Las vacaciones deberán ser efectivas y no podrá el empleador compensar este derecho en forma distinta, salvo cuando ya adquirido cesare la relación del trabajo;
- j) Obligación del empleador de otorgar cada año un aguinaldo no menor del ciento por ciento del salario mensual, o el que ya estuviere establecido sí fuere mayor, a los trabajadores que hubieren laborado durante un año ininterrumpido y anterior a la fecha del otorgamiento. La ley regulará su forma de pago. A los trabajadores que tuvieren menos del año de servicios, tal aguinaldo les será cubierto proporcionalmente al tiempo laborado;
- k) Protección a la mujer trabajadora y regulación de las condiciones en que debe prestar sus servicios.

No deben establecerse diferencias entre casadas y solteras en materia de trabajo. La ley regulará la protección a la maternidad de la mujer trabajadora, a quien no se le debe exigir ningún trabajo que requiera esfuerzo que ponga en peligro su gravidez. La madre trabajadora gozará de un

descanso forzoso retribuido con el ciento por ciento de su salario, durante los treinta días que precedan al parto y los cuarenta y cinco días siguientes. En la época de la lactancia tendrá derecho a dos períodos de descanso extraordinarios, dentro de la jornada.

Los descansos pre y postnatal serán ampliados según sus condiciones físicas, por prescripción médica;

- l) Los menores de catorce años no podrán ser ocupados en ninguna clase de trabajo, salvo las excepciones establecidas en la ley. Es prohibido ocupar a menores en trabajos incompatibles con su capacidad física o que pongan en peligro su formación moral.

Los trabajadores mayores de sesenta años serán objeto de trato adecuado a su edad;

- m) Protección y fomento al trabajo de los ciegos, minusválidos y personas con deficiencias físicas, psíquicas o sensoriales;
- n) Preferencia a los trabajadores guatemaltecos sobre los extranjeros en igualdad de condiciones y en los porcentajes determinados por la ley. En paridad de circunstancias, ningún trabajador guatemalteco podrá ganar menor salario que un extranjero, estar sujeto a condiciones inferiores de trabajo, ni obtener menores ventajas económicas u otras prestaciones;
- ñ) Fijación de las normas de cumplimiento obligatorio para empleadores y trabajadores en los contratos individuales y colectivos de trabajo. Empleadores y trabajadores procurarán el desarrollo económico de la empresa para beneficio común;
- o) Obligación del empleador de indemnizar con un mes de salario por cada año de servicios continuos cuando despida injustificadamente o en forma indirecta a un trabajador, en tanto la ley no establezca otro sistema más conveniente que le otorgue mejores prestaciones.

Para los efectos del cómputo de servicios continuos se tomarán en cuenta la fecha en que se haya iniciado la relación de trabajo, cualquiera que ésta sea;

- p) Es obligación del empleador otorgar al cónyuge o conviviente, hijos menores o incapacitados de un trabajador que fallezca estando a su servicio, una prestación equivalente a un mes de salario por cada año laborado. Esta prestación se cubrirá por mensualidades vencidas y su monto no será menor del último salario recibido por el trabajador.

Si la muerte ocurre por causa cuyo riesgo esté cubierto totalmente por el régimen de seguridad social, cesa esta obligación del empleador. En caso de que este régimen no cubra íntegramente la prestación, el empleador deberá pagar la diferencia;

- q) Derecho de sindicalización libre de los trabajadores. Este derecho lo podrán ejercer sin discriminación alguna y sin estar sujetos a autorización previa, debiendo únicamente cumplir con llenar los requisitos que establezca la ley. Los trabajadores no podrán ser despedidos por participar en la formación de un sindicato, debiendo gozar de este derecho a partir del momento en que den aviso a la Inspección General de Trabajo.

Sólo los guatemaltecos por nacimientos podrán intervenir en la organización, dirección y asesoría de las entidades sindicales. Se exceptúan los casos de asistencia técnica gubernamental y lo dispuesto en tratos internacionales o en convenios intersindical es autorizados por el Organismo Ejecutivo;

- r) El establecimiento de instituciones económicas y de previsión social que, en beneficio de los trabajadores, otorguen prestaciones de todo orden especialmente por invalidez, jubilación y sobrevivencia;
- s) Si el empleador no probare la justa causa del despido, debe pagar al trabajador a título de daños y perjuicios un mes de salario si el juicio se ventila en una instancia, dos meses de salario en caso de apelación de la sentencia, y si el proceso durar e en su trámite más de dos meses, deberá pagar el cincuenta por ciento del salario del trabajador, por cada mes que excediere el trámite de ese plazo, hasta un máximo, en este caso, de seis meses; y
- t) **El Estado participará en convenios y tratados internacionales o regionales que se refieran a asuntos de trabajo y que concedan a los trabajadores mejores protecciones o condiciones. En tales casos, lo establecido en dichos convenios y tratados se considerará como parte de los derechos mínimos de que gozan los trabajadores de la República de Guatemala.**

Artículo 103.- Tutelaridad de las leyes de trabajo. Las leyes que regulan las relaciones entre empleadores y el trabajo son conciliatorias, tutelares para los trabajadores y atenderán a todos los factores económicos y sociales pertinentes.

Para el trabajo agrícola la ley tomará especialmente en cuenta sus necesidades y las zonas en que se ejecuta.

Todos los conflictos relativos al trabajo están sometidos a jurisdicción privativa. La ley establecerá las normas correspondientes a esa jurisdicción y los órganos encargados de ponerlas en práctica.

Artículo 104.- Derecho de huelga y paro. Se reconoce el derecho de huelga y paro ejercido de conformidad con la ley, después de agotados todos los procedimientos de conciliación. Estos derechos podrán ejercerse únicamente por razones de orden económico social. Las leyes establecerán los casos y situaciones en que no serán permitidos la huelga y el paro.

Artículo 106.- Irrenunciabilidad de los derechos laborales. Los derechos consignados en esta sección son irrenunciables para los trabajadores, susceptibles de ser superados a través de la contratación individual o colectiva, y en la forma que fija la ley. Para este fin el Estado fomentará y protegerá la negociación colectiva. Serán nulas *ipso jure* y no obligarán a los trabajadores, aunque se expresen en un contrato colectivo o individual de trabajo, en un convenio o en otro documento, las estipulaciones que impliquen renuncia, disminución tergiversación o limitación de los derechos reconocidos a favor de los trabajadores en la Constitución, en la ley, en los tratados internacionales ratificados

por Guatemala, en los reglamentos u otras disposiciones relativas al trabajo. En caso de duda sobre la interpretación o alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, se interpretarán en el sentido más favorable para los trabajadores.

2. Legislación:

Código de Trabajo⁴⁹

Artículo 9o. Se prohíbe el uso de idiomas extranjeros en las órdenes, instrucciones, avisos o disposiciones que se den a los trabajadores.⁵⁰

Los cargos de quienes dirijan o vigilen en forma inmediata la ejecución de las labores, deben ser desempeñados por personas que hablen el idioma español, pero si el trabajo se realiza en una región donde esté extendido el uso entre los trabajadores de algún dialecto indígena, dichas personas deben hablar también ese dialecto.

Artículo 14. El presente Código y sus reglamentos son normas legales de orden público y a sus disposiciones se deben sujetar todas las empresas de cualquier naturaleza que sean, existentes o que en lo futuro se establezcan en Guatemala, lo mismo que todos los habitantes de la República, sin distinción de sexo ni de nacionalidad, salvo las personas jurídicas de derecho público contempladas en el segundo párrafo del Artículo 2o.

Igualmente deben aplicarse las disposiciones protectoras del trabajador que contiene este Código; al caso de nacionales que sean contratados en el país para prestar sus servicios en el extranjero.

Asimismo quedan a salvo las excepciones que correspondan conforme a los principios del derecho internacional y los tratados.

Artículo 14. bis. Se prohíbe la discriminación por motivo de raza, religión, credos políticos y situación económica, en los establecimientos de asistencia social, educación, cultura, diversión o comercio que funcionen para el uso o beneficio de trabajadores, en las empresas o sitios de trabajo de propiedad particular, o en los que el Estado cree para los trabajadores en general.

El acceso que los trabajadores puedan tener a los establecimientos a que se refiere este artículo no puede condicionarse al monto de sus salarios ni a la importancia de los cargos que desempeñen.

Artículo 89. *(Reformado por Artículo 3 Decreto 64-92)*. Para fijar el importe del salario en cada clase de trabajo, se deben tomar en cuenta la intensidad y calidad del mismo, clima y condiciones de vida.

A trabajo igual, desempeñado en puesto y condiciones de eficiencia y antigüedad dentro de la misma empresa, también iguales, corresponderá salario igual, el que debe comprender los pagos que se hagan al trabajador a cambio de su labor ordinaria.

⁴⁹ Decreto Número 14-41 del Congreso de la República de Guatemala

⁵⁰ Ver artículo 4 de la Constitución Política de la República

En las demandas que entablen las trabajadoras relativas a la discriminación salarial por razón de sexo, queda el patrono obligado a demostrar que el trabajo que realiza la demandante es de inferior calidad y valor.

C. Análisis de casos, estadísticas y/o situaciones aplicables

➤ Situación

En el caso del municipio de Morales, Izabal, el conflicto que más incidencia ha tenido, fue el ocurrido en las fincas bananeras a finales del siglo XX, debido a la confrontación entre trabajadores sindicalizados y los propietarios de las fincas.

El mismo generó toma de las instalaciones de la compañía por parte de los trabajadores y el trámite de órdenes de desalojo por parte de los propietarios.

La confrontación llevó al exilio a algunos dirigentes sindicales, el despido de varios trabajadores y el cierre de algunas fincas. Esto evidencia los efectos negativos que tiene la resolución de los conflictos a través de los mecanismos fundamentados en la cultura de violencia.

Además de ese caso concreto, es permanente la denuncia de los asalariados de las fincas agroexportadoras, principalmente en las de café, que no se les hace efectivo el pago del salario mínimo ni cuentan con las prestaciones que la ley laboral les reconoce.

Asimismo, insisten en que las autoridades del Ministerio de Trabajo siempre o casi siempre, actúan a favor del patrono aunque este incumpla con sus obligaciones para con los trabajadores.

➤ Preguntas

Responda las preguntas que se presentan a continuación.

- ▶ ¿El gobierno está cumpliendo con el compromiso de adoptar medidas especiales para garantizar una protección eficaz a los trabajadores indígenas?
-

-
- ▶ En especial, ¿está tomando las medidas necesarias para implementar el artículo 69 de la Constitución Política?

- ▶ ¿Qué mecanismos legales administrativos y judiciales tiene a su disposición los trabajadores indígenas para hacer efectivos sus derechos?

- ▶ ¿Qué instancia gubernamental debería tener un rol más propositivo y vinculante?

▶ Situación

La Procuraduría de los Derechos Humanos considera importante recordar que el Convenio 169 establece la responsabilidad de los Estados de poner a disposición a las comunidades indígenas, medios de formación profesional iguales a los demás ciudadanos entre otros.

El Instituto Nacional de Capacitación y Productividad -INTECAP-, ha procurado planear y desarrollar cursos de formación profesional en las zonas predominantemente indígenas y no se conoce que hubiera una negativa de su parte para impartirlos. Lo que si denota es falta de información para planear e impartir los cursos requeridos de parte de ese Instituto al desconocer las necesidades de las comunidades indígenas del país.

▶ Preguntas

Responda las preguntas que se presentan a continuación.

-
- ▶ ¿El Estado está cumpliendo con los compromisos adquiridos en los Acuerdos de Paz?:

- ▶ ¿Está acatando el compromiso adquirido a través del artículo 21 del Convenio 169?

- ▶ ¿Qué respaldo legal tienen las comunidades indígenas para demandar que el Estado cumpla con dichos compromisos?

Capítulo 5

SEGURIDAD SOCIAL Y SALUD. SISTEMA DE SALUD CON PROPIEDAD CULTURAL

Artículo 24

Los regímenes de seguridad social deberán extenderse progresivamente a los pueblos interesados y aplicárseles sin discriminación alguna.

Artículo 25

1.- Los gobiernos deberán velar por que se pongan a disposición de los pueblos interesados servicios de salud adecuados o proporcionar a dichos pueblos los medios que les permitan organizar y prestar tales servicios bajo su propia responsabilidad y control, a fin de que puedan gozar del máximo nivel posible de salud física y mental.

2.- Los servicios de salud deberán organizarse, en la medida de lo posible, a nivel comunitario. Estos servicios deberán planearse y administrarse en cooperación con los pueblos interesados y tener en cuenta sus condiciones económicas, geográficas, sociales y culturales, así como sus métodos de prevención, prácticas curativas y medicamentos tradicionales.

3.- El sistema y asistencia sanitaria deberá dar la preferencia a la formación y al empleo de personal sanitario de la comunidad local y centrarse en los ciudadanos primarios de salud, manteniendo al mismo tiempo estrechos vínculos con los demás niveles de asistencia sanitaria.

4.- La prestación de tales servicios de salud deberá coordinarse con las demás medidas sociales, económicas y culturales que se tomen en el país.

A. Doctrina y consideraciones generales

La situación con respecto a los servicios de salud son descritas por la investigación del Relator Martínez Cobo de la siguiente manera:

56. Los servicios y las instituciones de salud están en gran parte concentrados en las áreas urbanas, con la consecuencia de que - particularmente en los países en desarrollo- las áreas rurales, que es donde viven los pueblos indígenas, están menos dotadas de estos servicios e instituciones. Han de tomarse medidas para corregir este desequilibrio lo más rápida y eficazmente posible, ya que estas circunstancias tienen un impacto muy severo sobre la salud de las comunidades indígenas.

57. Las tasas de morbilidad y de mortalidad son mucho más altas entre las poblaciones indígenas, en comparación con las de las otras poblaciones que viven en las mismas áreas. Han de desarrollarse medidas adecuadas y efectivas para disminuir esas tasas de morbilidad y de mortalidad, y las infantiles en particular, por lo menos a los niveles que prevalecen en los diversos países para otros grupos de población.

58. Se encuentran algunos ejemplos de discriminación *de jure* en sectores relacionados con la salud y los servicios sociales, tales como restricciones con respecto a la venta o al consumo de alcohol o la posibilidad de recibir asistencia gubernamental.

59. Las prácticas médicas y las medicinas indígenas no han sido estudiadas suficientemente, y en el pasado han sido repudiadas y excluidas de los esfuerzos estatales para promover servicios básicos de salud.⁵¹

► Servicios en el ámbito de salud y seguridad social⁵²

El **Artículo 24** establece que los regímenes de seguridad social previstos para todos los ciudadanos deben extenderse progresivamente a los pueblos indígenas y aplicárselos sin discriminación alguna. En virtud del **Artículo 25**, es responsabilidad de los gobiernos asegurar a los pueblos indígenas el máximo nivel posible de salud física y mental. Para

⁵¹ Informe del Relator Especial J. Martínez Cobo, op. cit.

⁵² El Contenido es tomado de la Guía del Convenio 169 de la OIT

lograr este objetivo, los servicios deben ser apropiados, es decir, organizarse a nivel comunitario y tomar en consideración los métodos de prevención, prácticas curativas y medicamentos tradicionales. Esta disposición constituye un reconocimiento del valor de la medicina tradicional y de la necesidad de preservarla, aprender de ella y enriquecerla.

En su numeral 3, el **Artículo 25** prevé la participación de las comunidades indígenas en la planeación y prestación del servicio de salud, sobre todo el nivel primario. Es importante construir a la vez coordinación y vínculos con los demás niveles de asistencia sanitaria.

Las comunidades indígenas ocupan los lugares más altos en cuanto a mortalidad infantil y desnutrición. Entre las razones principales se pueden mencionar:

- Escaso acceso de los usuarios al servicio;
- modelo de atención tipo urbano carente de pertinencia y sensibilidad cultural ;
- deficiente en calidad e insuficiente en cobertura;
- desvalora y desconoce la medicina tradicional y las autoridades médicas indígenas; y
- discriminatorio por parte del personal administrativo y médico respecto al resto de la población nacional.

Como otros derechos sociales y económicos más, el derecho a la salud es un derecho de importancia esencial para llevar una vida digna. El **Artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales** se refiere a que toda persona disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental y observa especialmente la mortalidad y mortinatalidad infantiles y el desarrollo de los niños, el mejoramiento de la higiene de trabajo y del medio ambiente, la prevención y el tratamiento de enfermedades epidémicas y la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

De especial importancia para la interpretación del derecho y la formación de estándares internacionales son las observaciones generales de los Comités de los tratados, en el caso del derecho a la salud, del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales. La Observación General No. 14 está dirigida especialmente a la problemática del derecho a la salud de los pueblos indígenas.

Observación general N° 14

El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12)⁵³

Pueblos indígenas

27. Habida cuenta del derecho y la práctica internacionales que están surgiendo, así como de las medidas adoptadas recientemente por los Estados en relación con las poblaciones indígenas, el Comité estima conveniente identificar los elementos que contribuirían a definir el derecho a la salud de los pueblos indígenas, a fin de que los

⁵³ 22º período de sesiones (2000) del CESCR

Estados con poblaciones indígenas puedan aplicar más adecuadamente las disposiciones contenidas en el artículo 12 del Pacto. El Comité considera que los pueblos indígenas **tienen derecho a medidas específicas que les permitan mejorar su acceso a los servicios de salud y a las atenciones de la salud. Los servicios de salud deben ser apropiados desde el punto de vista cultural**, es decir, tener en cuenta los cuidados preventivos, las prácticas curativas y las medicinas tradicionales. **Los Estados deben proporcionar recursos para que los pueblos indígenas establezcan, organicen y controlen esos servicios** de suerte que puedan disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental. **También deberán protegerse las plantas medicinales, los animales y los minerales que resultan necesarios para el pleno disfrute de la salud de los pueblos indígenas.** El Comité observa que, en las comunidades indígenas, la salud del individuo se suele vincular con la salud de la sociedad en su conjunto y presenta una dimensión colectiva. A este respecto, el Comité considera que **las actividades relacionadas con el desarrollo que inducen al desplazamiento de poblaciones indígenas, contra su voluntad, de sus territorios y entornos tradicionales, con la consiguiente pérdida por esas poblaciones de sus recursos alimenticios y la ruptura de su relación simbiótica con la tierra, ejercen un efecto perjudicial sobre la salud de esas poblaciones.**

Las instalaciones, bienes, medicamentos y servicios del derecho a la salud deben ser:

- Disponibles (Art. 25.1.)
- Accesibles (sin discriminación, geográficamente, económicamente y en información) Art. 25.2.)
- De calidad y pertinencia cultural (Art. 25.2.)
- Considerar la participación comunitaria (Art. 25.2.)

Además el Convenio 169 establece que los servicios de seguridad social deben extenderse progresivamente y aplicarse a los pueblos indígenas sin discriminación de ningún tipo.

El peso de las disposiciones está en la participación, responsabilidad y control sobre los servicios de salud de parte de los pueblos indígenas. Su funcionamiento debe ser sobre todo a nivel comunitario. Su personal preferentemente procede de las comunidades interesadas.

Los compromisos del Gobierno en los Acuerdos de Paz están contenidos básicamente en el **Acuerdo sobre aspectos socioeconómicos y situación agraria, artículos 23 y 24**. Mencionan especialmente la importancia de la medicina indígena y tradicional, el estudio y rescate de sus concepciones, métodos y prácticas.

En el ámbito del comercio farmacéutico, el contenido del derecho de propiedad intelectual (TRIPS Agreement, ADPIC en sus siglas en español) puede entrar en choque con el derecho a la salud en la protección de patentes, de marcas comerciales y de

información clasificada, pero también puede lesionar los derechos de pueblos indígenas sobre conocimientos ancestrales de medicina utilizándolos sin autorización y beneficio para los mismos. La Declaración y Programa de Trabajo de Doha (2001) trata de considerar y corregir posibles interpretaciones en contra de los derechos humanos:

17. Recalamos la importancia que atribuimos a que el Acuerdo relativo a los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC) se interprete y aplique de manera que apoye la salud pública, promoviendo tanto el acceso a los medicamentos existentes como la investigación y desarrollo de nuevos medicamentos, y, a este respecto, adoptamos una Declaración aparte.

19. Encomendamos al Consejo de los ADPIC que, al llevar adelante su programa de trabajo, incluso en el marco del examen previsto en el párrafo 3 b) del artículo 27, del examen de la aplicación del Acuerdo sobre los ADPIC previsto en el párrafo 1 del artículo 71 y de la labor prevista en cumplimiento del párrafo 12 de la presente Declaración, examine, entre otras cosas, la relación entre el Acuerdo sobre los ADPIC y el Convenio sobre la Diversidad Biológica, la protección de los conocimientos tradicionales y el folclore, y otros nuevos acontecimientos pertinentes señalados por los Miembros de conformidad con el párrafo 1 del artículo 71. Al realizar esta labor, el Consejo de los ADPIC se regirá por los objetivos y principios enunciados en los artículos 7 y 8 del Acuerdo sobre los ADPIC y tendrá plenamente en cuenta la dimensión de desarrollo.

Es el **Proyecto de Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas** el que con más detalle especifica en la parte V el contenido del derecho a sus propias prácticas medicinales y de salud tradicionales:

Artículo 24:

Los pueblos indígenas tienen el derecho a sus medicinas y prácticas de salud tradicionales, incluso el derecho a la protección de plantas medicinales vitales, animales y minerales.

También tienen el derecho de acceso, sin ninguna discriminación, a todas las instituciones médicas, servicios de salud y cuidados médicos.

En resumen, el derecho a la salud goza de protección abundante en el ámbito internacional, pero suele ser difícil de demandar a nivel interno. Las políticas públicas para proveer a la población entera cobertura, calidad y acceso al derecho a la salud son esenciales. Para los pueblos indígenas, el desarrollo de políticas especiales que se dirigen al ámbito comunitario y a la participación de las comunidades en su diseño e implementación, no han avanzado mucho. Para la Administración de Justicia la solución de casos que se refieren al ámbito comercial del acceso a medicamentos o propiedad intelectual, la atención de enfermedades graves por el sistema de salud y la aceptación de formas tradicionales de atención y tratamiento a la familia, especialmente la mujer, son retos al futuro y deben ser considerados como un aporte de dar protección al derecho a la salud.

B. Normas aplicables

▶ Normas internacionales

1. *Declaración Universal de los Derechos Humanos:*

Artículo 25

1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.
2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

2. *Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales:*

Artículo 12.

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.
2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:
 - a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;
 - b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;
 - c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;
 - d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

► Normas nacionales

1. **Constitución Política de la República:**

SECCIÓN SÉPTIMA

SALUD, SEGURIDAD Y ASISTENCIA SOCIAL

Artículo 93. Derecho a la salud. El goce de la salud es derecho fundamental del ser humano, sin discriminación alguna.

Artículo 94. Obligación del Estado, sobre salud y asistencia social. El Estado velará por la salud y la asistencia social de todos los habitantes. Desarrollará, a través de sus instituciones, acciones de prevención, promoción, recuperación, rehabilitación, coordinación y las complementarias pertinentes a fin de procurarles el más completo bienestar físico, mental y social.

Artículo 95. La salud, bien público. La salud de los habitantes de la Nación es un bien público. Todas las personas e instituciones están obligadas a velar por su conservación y restablecimiento.

Artículo 96. Control de calidad de productos. El Estado controlará la calidad de los productos alimenticios, farmacéuticos, químicos y de todos aquéllos que puedan afectar la salud y bienestar de los habitantes. Velará por el establecimiento y programación de la atención primaria de la salud, y por el mejoramiento de las condiciones de saneamiento ambiental básico de las comunidades menos protegidas.

Artículo 97. Medio ambiente y equilibrio ecológico. El Estado, las municipalidades y los habitantes del territorio nacional están obligados a propiciar el desarrollo social, económico y tecnológico que prevenga la contaminación del ambiente y mantenga el equilibrio ecológico. Se dictarán todas las normas necesarias para garantizar que la utilización y el aprovechamiento de la fauna, de la flora, de la tierra y del agua, se realice racionalmente, evitando su depredación.

Artículo 98. Participación de las comunidades en programas de salud. Las comunidades tienen el derecho y el deber de participar activamente en la planificación, ejecución y evaluación de los programas de salud.

Artículo 99. Alimentación y nutrición. El Estado velará porque la alimentación y nutrición de la población reúna los requisitos mínimos de salud. Las instituciones especializadas del Estado deberán coordinar sus acciones entre sí o con organismos internacionales dedicados a la salud, para lograr un sistema alimentario nacional efectivo.

Artículo 100. Seguridad social. El Estado reconoce y garantiza el derecho a la seguridad social para beneficio de los habitantes de la Nación. Su régimen se instituye como función pública, en forma nacional, unitaria y obligatoria. El Estado, los empleadores y

los trabajadores cubiertos por el régimen, con la única excepción de lo preceptuado por el artículo 88 de esta Constitución, tienen obligación de contribuir a financiar dicho régimen y derecho a participar en su dirección, procurando su mejoramiento progresivo.

C. Análisis de casos, estadísticas y/o situaciones aplicables

► Situación 1

Es constante la denuncia de las comunidades indígenas que en los municipios donde ellos viven el sistema de salud se encuentra en completo abandono. Esto aunado a que el Estado no ha promovido, como se debe, el uso de la medicina tradicional o alternativa, lo que ha redundado en que el país continúe produciendo altos índices de mortalidad y morbilidad materno-infantil, principalmente en las comunidades indígenas.

El Ministerio de Salud Pública no tiene plena cobertura en las comunidades, pues incluso no se alcanza a cubrir las cabeceras municipales, en cuyos centros normalmente se designa un médico general (sin especialización) que le corresponde cubrir a toda la población, que en el mejor de los casos asciende a cinco mil personas.

La deficiencia no se evidencia únicamente en la salud curativa sino también en la preventiva. A pesar que la mayoría de la población pobre de Guatemala es indígena y campesina, y la más afectada la mujer y la niñez, las políticas públicas en materia de salud no se enfocan en esas áreas, sino más bien, son las que menos prioridad tienen.

Para crear un programa de salud integral óptimo a nivel nacional, debe tomarse en cuenta –entre otros- la pluriculturalidad del país, las extensiones geográficas, las necesidades básicas, la especialización y la capacidad de atención.

► Preguntas

Responda las preguntas que se presentan a continuación.

-
- ¿Considera que se está cumpliendo con la Sección Séptima de la Constitución?

 - ¿Considera que se están vulnerando los preceptos contenidos en los artículos 24 y 25 del Convenio 169?

 - ¿Qué procedimientos legales (judiciales y administrativos) se pueden iniciar para obligar al Estado a que implemente políticas orientadas a cumplir sus obligaciones constitucionales?

-

► Situación 2

La organización de comadronas en un departamento cuenta con 38 mujeres que eligieron su junta directiva. Negociaron a través de su junta con el hospital nacional su presencia permanente durante las 24 horas todos los días del año para asistir a madres indígenas en el parto. Tienen su espacio físico dentro del hospital y su función consiste en dar su servicio integral a mujeres indígenas antes, durante y después del parto.

La dirección del hospital promovió la integración de las comadronas viendo su aporte como intercambio cultural sobre la atención en salud, además de considerar su integración en beneficio de bajar las tasas de mortalidad materna y aumentar los niveles de salud reproductiva. Hay acuerdos firmados con Gobernación y otras instancias para un apoyo más comprometido de parte del Estado. Pero hasta el momento es la cooperación internacional la que financia esta empresa. Así las comadronas solo reciben un aporte simbólico de salario.

⁵⁴ Cifras públicas de la OPS/OMS

Si se toma en cuenta que las familias indígenas en cerca de un 80% recurren a los servicios de las comadronas o familiares en las comunidades, la importancia de incluir las comadronas en la consideración del sistema de salud parece ser imperante.

Entre las mujeres indígenas la mortalidad materna (211 por 100.000 nacidos) es además notablemente más alta que la de las de mujeres no indígenas (70 por 100.000 nacimientos) y los departamentos con los índices más altos son, en su orden, Alta Verapaz, Sololá, Huehuetenango, Totonicapán, Izabal, Quiché y Petén.⁵⁴ La principal causa de la mortalidad materna es por hemorragias durante el parto y otras situaciones de emergencia que no pueden ser atendidas por la lejanía de los servicios médicos, la falta de medios de transporte y las posibilidades técnicas de hacer intervenciones más complicadas. No faltan las acusaciones contra las comadronas para responsabilizarlas de los altos índices de mortalidad materna, cuando obviamente no disponen de la tecnología apropiada en casos de emergencia y no existe en las comunidades una alerta para emergencias médicas lo que escapa de las manos de las comadronas. Por esta razón, hay que concluir que es el acceso a los servicios de salud que debe ser una mayor preocupación de las autoridades sanitarias. El Ministerio de Salud a su vez alude falta de presupuesto para tomar medidas adecuadas y para los programas que incluyen los servicios tradicionales de las comadronas en el sistema de salud pública.

► Preguntas

Responda las preguntas que se presentan a continuación.

- Interprete esta situación en el contexto del Convenio 169:
- A) desde la situación de la mortalidad materna en Guatemala (políticas públicas)
 - B) desde las obligaciones del Estado que indica el Artículo 25 del Convenio (compromisos jurídicos)
 - C) desde una perspectiva de los derechos humanos en general (contenido esencial del derecho a la salud)

- Identifique los problemas más importantes que indica el texto y qué trato requerían:

-
- ▶ ¿Existe en Guatemala la protección jurídica del derecho a la salud y en especial de la maternidad y en qué medida?

Capítulo 6

EDUCACIÓN Y MEDIOS DE COMUNICACIÓN

Artículo 26

Deberán adoptarse medidas para garantizar a los miembros de los pueblos interesados la posibilidad de adquirir una educación a todos los niveles, por lo menos en pie de igualdad con el resto de la comunidad nacional.

Artículo 27

1.- Los programas y los servicios de educación destinados a los pueblos interesados deberán desarrollarse y aplicarse en cooperación con éstos a fin de responder a sus necesidades particulares, y deberán abarcar su historia, sus conocimientos y técnicas, sus sistemas de valores y todas sus demás aspiraciones sociales, económicas y culturales.

2.- La autoridad competente deberá asegurar la formación de miembros de estos pueblos y su participación en la formulación y ejecución de programas de educación, con miras a transferir progresivamente a dichos pueblos la responsabilidad de la realización de esos programas, cuando haya lugar.

3.- Además, los gobiernos deberán reconocer el derecho de esos pueblos a crear sus propias instituciones y medios de educación, siempre que tales instituciones satisfagan las normas mínimas establecidas por la autoridad competente en consulta con esos pueblos. Deberán facilitárseles recursos apropiados con tal fin.

Artículo 28

1.- Siempre que sea viable, deberá enseñarse a los niños de los pueblos interesados a leer y a escribir en su propia lengua indígena o en la lengua que más comúnmente se hable en el grupo a que pertenezcan. Cuando ello no sea viable, las autoridades competentes deberán celebrar consultas con esos pueblos con miras a la adopción de medidas que permitan alcanzar este objetivo.

2.- Deberán tomarse medidas adecuadas para asegurar que esos pueblos tengan la oportunidad de llegar a dominar la lengua nacional o una de las lenguas oficiales del país.

3.- Deberán adoptarse disposiciones para preservar las lenguas indígenas de los pueblos interesados y promover el desarrollo y la práctica de las mismas.

Artículo 29

Un objetivo de la educación de los niños de los pueblos interesados deberá ser impartirles conocimientos generales y aptitudes que les ayuden a participar plenamente y en pie de igualdad en la vida de su propia comunidad y en la de la comunidad nacional.

Artículo 30

1.- Los gobiernos deberán adoptar medidas acordes a las tradiciones y culturas de los pueblos interesados, a fin de darles a conocer sus derechos y obligaciones, especialmente en lo que atañe al trabajo, a las posibilidades económicas, a las cuestiones de educación y salud, a los servicios sociales y a los derechos dimanantes del presente Convenio.

2.- A tal fin, deberá recurrirse, si fuere necesario, a traducciones escritas a la utilización de los medios de comunicación de masas en las lenguas de dichos pueblos.

Artículo 31

Deberán adoptarse medidas de carácter educativo en todos los sectores de la comunidad nacional, y especialmente en los que estén en contacto más directo con los pueblos interesados, con objeto de eliminar los prejuicios que pudieran tener con respecto a esos pueblos. A tal fin, deberán hacerse esfuerzos por asegurar que los libros de historia y demás material didáctico ofrezcan una descripción equitativa, exacta e instructiva de las sociedades y culturas de los pueblos interesados.

A. Doctrina y consideraciones generales

El derecho a la educación es fundamental para toda persona. Se entiende como el derecho al ingreso, a la permanencia, al regreso y al buen suceso del estudiante en el sector educativo.

El doble problema que enfrentan los indígenas con respecto al derecho a la salud es el acceso a la educación en toda su dimensión y el menosprecio e ignorancia de sus propias tradiciones y culturas dentro del sistema de educación, lo que impide mayor éxito del sistema oficial en las comunidades indígenas, a parte de dirigirse contra la dignidad y autoestima de los usuarios indígenas y de sus familias y comunidades.

El Convenio 169 en sus **artículos 26 al 31** por ello se refiere en primer lugar a la oportunidad de acceder a la educación en todos los niveles, por lo menos en pie de igualdad con el resto de la población nacional. Y en segundo lugar, se deben adaptar los programas de educación a fin de responder a sus necesidades especiales, deberán abarcar su historia, sus conocimientos y técnicas, sus sistemas de valores, tradiciones culturales y aspiraciones de desarrollo socioeconómico.

El **artículo 28** establece que siempre que sea viable, deberá enseñarse a los niños indígenas a **leer y escribir en su propia lengua** o en la lengua que más comúnmente se habla en la comunidad o grupo al que pertenezcan. En caso esto no sea posible, se buscará una solución conveniente en consulta con los pueblos indígenas afectados. También deberán tomarse las medidas adecuadas para asegurar que los pueblos indígenas puedan dominar la lengua nacional u oficial.

La aceptación cultural del idioma indígena, no sólo como un instrumento de comunicación, sino también como un elemento para la estructuración de los procesos mentales y cognoscitivos, así como para la aportación de significado al entorno social y natural.

Por eso el derecho al propio idioma es esencial entre los derechos culturales internacionalmente reconocidos. La negación de este derecho es una coerción grave y significa a la vez el irrespeto a la diversidad cultural, algunas veces llevada hacia el etnocidio en cuanto además se separa a los alumnos de su ambiente familiar y comunitario con el propósito de la asimilación a la cultura dominante.

La exigencia de la asimilación cultural a través de la supresión del propio idioma, en el Derecho Internacional pertenece a una época pasada y es superada explícitamente en el Convenio 169. Así se da actualmente a los derechos relacionados con el idioma (respeto, protección y promoción por parte y del Estado y de la sociedad), el carácter de derechos humanos. Numerosos Estados han promulgado legislación sobre la protección de idiomas regionales, minoritarios o indígenas. En consecuencia de los Acuerdos de Paz en Guatemala, esta materia también ha sido objeto de legislación.

Entonces, contrario a la idea extendida y predominante de la aculturación y asimilación en el pasado en la educación hacia los niños indígenas, el pensamiento actual tiende a la **educación bilingüe e intercultural**. La escolarización temprana en los dos idiomas, la nacional y la indígena, supone un gran beneficio para el niño indígena. Sin embargo, incluye a la vez varios problemas que hay que enfrentar:

- La ausencia de alfabeto y tradición escrita de muchos idiomas indígenas
- La necesidad de capacitación y técnicas pedagógicas especiales
- La preparación de textos y materiales en idiomas indígenas
- Preparación administrativa de las escuelas para impartir una educación bilingüe

La idea de la educación multicultural o intercultural afecta no sólo el sistema de educación local, sino al regional y nacional. Conduce a una completa revisión de contenidos y métodos educativos en los países en que se aplica. Requiere la revisión de ideas y conceptos sobre la cultura e identidad, nación, democracia y muchos más. Sobre todo debe llevar a una revisión de la valorización de las culturas indígenas como aporte y enriquecimiento de la cultura nacional y universal, en vez ser vista como un obstáculo, reliquia del pasado o carente de valor.

La educación para pueblos indígenas debe ser un proceso en el cual se reconozca **la igualdad en derechos** con los demás ciudadanos **sin anular la diversidad**; por ello, este proceso debe ser especialmente **sensible hacia la diferencia**, reconociendo los **principios de no discriminación, de respeto, tolerancia y de la participación** que tienen los pueblos indígenas en relación a su cultura.

El derecho a la educación en este sentido está relacionado con el derecho anteriormente explicado de poder **decidir sus propias prioridades** relacionadas al proceso de desarrollo.⁵⁵

Los argumentos que se centran en que la preservación de la cultura indígena es razón de retraso y subdesarrollo no consideran el natural dinamismo de las culturas en contacto con las demás, a parte de expresar un prejuicio e ignorar la historia de la discriminación, represión cultural y marginación y exclusión de los pueblos indígenas que

⁵⁵ E/CN.4/2002/97 del 4 de febrero del 2002 Cuestiones Indígenas, Informe de Rodolfo Stavenhagen, Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas. Resumen de los párrafos 58 a 71.

son las verdaderas razones para la actual pobreza predominante en la población indígena.

La idea del multiculturalismo que es la convivencia respetuosa de diferentes culturas en el territorio nacional y la de la interculturalidad que se refiere a la calidad de las relaciones entre las culturas hoy, son conceptos discutidos e investigados por su utilidad de resolver la convivencia armónica entre los diferentes grupos étnicos del país.

Dice el Relator Rodolfo Stavenhagen en uno de sus informes:

“La **idea del multiculturalismo** no entraña la preservación artificial de las culturas indígenas en algún tipo de museo, sino únicamente el derecho de toda comunidad humana a vivir con arreglo a las normas y visiones de su propia cultura.”⁵⁶

Es importante destacar que el **artículo 27** del Convenio 169 establece que:

“los programas y los servicios de educación destinados a los pueblos interesados deberán desarrollarse y aplicarse en cooperación con estos últimos a fin de responder a sus necesidades particulares... La autoridad competente deberá asegurar la formación de miembros de estos pueblos y su participación en la formulación y ejecución de programas de educación.”

Como antes explicado para el derecho a la salud de los pueblos indígenas, el desarrollo descentralizado de la educación y la definición local de las necesidades especiales en la educación deben ser posibles en el sistema estatal, reconocidos por él y promovidos para lograr fundamentos firmes del desarrollo de las comunidades.

El Convenio afirma igualmente la educación en el sentido del principio de la tolerancia (**artículo 31**) de la población no indígena frente a la diversidad y sus consecuencias en el trato de derechos humanos fundamentales como lo son el de la educación, salud, vivienda y otros más.

⁵⁶ (E/CN.4/2002/97 del 4 de febrero del 2002, Numeral 68.)

► Anexos para lectura sobre el derecho a la educación

El Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su observación general No. 13 de 1999 indica lo siguiente al respecto:*

“No discriminación e igualdad de trato

31. La prohibición de la discriminación, consagrada en el párrafo 2 del artículo 2 del Pacto, no está supeditada ni a una implantación gradual ni a la disponibilidad de recursos; **se aplica plena e inmediatamente a todos los aspectos de la educación y abarca todos los motivos de discriminación rechazados internacionalmente.** El Comité interpreta el párrafo 2 del artículo 2 y el artículo 3 a la luz de la Convención de la UNESCO relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza y de las disposiciones pertinentes de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre los Derechos del Niño y el Convenio de la OIT sobre poblaciones indígenas y tribales (Convenio N° 169) y desea recalcar las cuestiones que a continuación se exponen.

32. **La adopción de medidas especiales provisionales destinadas a lograr la igualdad de hecho entre hombres y mujeres y de los grupos desfavorecidos no es una violación del derecho de no discriminación en lo que respecta a la educación,** siempre y cuando esas medidas no den lugar al mantenimiento de normas no equitativas o distintas para los diferentes grupos, y a condición de que no se mantengan una vez alcanzados los objetivos a cuyo logro estaban destinadas.

33. En algunas circunstancias, se considerará que la existencia de sistemas o instituciones de enseñanza separados para los grupos definidos por las categorías a que se refiere el párrafo 2 del artículo 2 no constituyen una violación del Pacto. A este respecto, el Comité ratifica el **artículo 2 de la Convención de la UNESCO relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza (1960)¹.**

34. El Comité toma nota del **artículo 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño,** y del **apartado e) del artículo 3 de la Convención de la UNESCO relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza** y confirma que el principio de la no discriminación se aplica a todas las personas en edad escolar que residan en el territorio de un Estado Parte,

¹ Figura en el documento E/C.12/1999/10.

comprendidos los no nacionales y con independencia de su situación jurídica.

35. Las agudas disparidades de las **políticas de gastos** que tengan como resultado que la calidad de la educación sea distinta para las personas que residen en diferentes lugares pueden constituir una discriminación con arreglo al Pacto...

37. Los Estados Partes deben supervisar cuidadosamente la enseñanza, comprendidas las correspondientes políticas, instituciones, programas, pautas de gastos y demás prácticas, a fin de poner de manifiesto cualquier discriminación de hecho y adoptar las medidas para subsanarla. Los datos relativos a la educación deben desglosarse según los motivos de discriminación prohibidos. ...

50. En lo que respecta al párrafo 2 del artículo 13, los Estados tienen las obligaciones de respetar, proteger y llevar a efecto cada una de las "características fundamentales" (**disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad**) del derecho a la educación. Por ejemplo, la obligación del Estado de respetar la disponibilidad de la educación se demuestra no cerrando escuelas privadas; la de proteger la accesibilidad de la educación, velando por que terceros, incluidos padres y empleadores, no impidan que las niñas asistan a la escuela; la de llevar a efecto (facilitar) la aceptabilidad de la educación, **adoptando medidas positivas para que la educación sea culturalmente aceptable para las minorías y las poblaciones indígenas, y de buena calidad para todos**; la obligación de llevar a efecto (facilitar) la adaptabilidad de la educación, formulando planes de estudio y dotándolos de recursos que reflejen las necesidades contemporáneas de los estudiantes en un mundo en transformación; y la de llevar a efecto (facilitar) la disponibilidad de la educación, implantando un sistema de escuelas, entre otras cosas construyendo aulas, estableciendo programas, suministrando materiales de estudio, formando maestros y abonándoles sueldos competitivos a nivel nacional."

Extracto del Informe de Relator Especial José Martínez Cobo sobre la situación de la educación de los pueblos indígenas⁵⁷.

"89. No se encuentra debidamente garantizado ni realmente vigente el derecho de las poblaciones indígenas a la educación.

90. Con frecuencia los Estados desconocen la educación tradicional indígena según procesos educativos autóctonos y pretenden en muchos casos deliberadamente su abandono y su sustitución por procesos de educación formal, ajenos y alienantes.

91. Aunque ha habido una notable mejoría en materia de acceso

⁵⁷ Estudios realizados entre 1973 y 1980 para la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías

efectivo de los indígenas a la educación pública de todo tipo y a todo nivel, la escolarización pública sigue mostrando en mayor o menor grado una marcada tendencia a desindigenizar al indígena.

92. Esta agresión integral a la cultura y la forma de vida indígena no se justifica en ningún caso, y mucho menos aún dentro de cuadros y ambientes de pluralismo cultural y lingüístico que, al menos formalmente, abrazan los Estados hoy en día.

Acceso a la educación

93. No se tuvo noticia de discriminaciones *de jure* a este respecto; por el contrario, todos los países acerca de los cuales se tiene información han adoptado los principios de no discriminación en el acceso a todo tipo y a todo nivel de educación pública. En varios países se ha acentuado la tendencia a consagrar en las constituciones ese principio de no discriminación en esta materia. En algunos países, además, se han previsto expresamente sanciones penales contra los actos discriminatorios en esta esfera.

94. Como aspectos que de hecho limitan el libre e igual acceso a la educación de todo tipo y a todo nivel pueden mencionarse problemas de distribución geográfica deficiente debido en parte al aislamiento y dispersión de los núcleos indígenas y al hecho de que algunos grupos son nómadas o seminómadas; la ausencia de planes adecuados de ayuda para ir a la escuela en muchos países; los problemas lingüísticos; las diferencias de marco cultural, y los altos niveles de analfabetismo generalizados, debido en parte a los factores anteriores, y consideraciones socioeconómicas de variado tipo.

95. En todas partes parecen estarse tomando medidas cada vez más eficaces, pero que no llegan a solucionar plenamente los problemas existentes. Se ha de notar que en ciertos países se empieza a reconocer a ciertos grupos el derecho de establecer y administrar sus propias instituciones de educación. Asimismo se da noticia de la determinación de las poblaciones indígenas de formalizar sistemas alternos de educación en los que se da énfasis a sus formas tradicionales de enseñanza de los que se trata más adelante.

96. Se careció de datos que desarrollaran estos aspectos, salvo los que se han consignado en las secciones correspondientes del capítulo XIII.

Deficiencias notables en los sistemas docentes actuales

97. Actualmente existen, aunque en diferentes grados, deficiencias en los siguientes aspectos en todos los países:

- a) No hay todavía, en numerosísimos casos, escuelas en la comunidad indígena o cerca de ella;
- b) No hay en absoluto maestros con el necesario conocimiento de la lengua y la cultura indígenas, o los hay en número muy insuficiente;

- c) No se puede todavía, en numerosísimos casos, aprender a leer y escribir en la lengua materna indígena o en la lengua vernácula que predomine en el área en que está asentada la comunidad;
- d) No se pone el necesario énfasis en la enseñanza de la cultura indígena o la información acerca de ésta;
- e) No se evitan en la medida necesaria los efectos alienantes de la presencia en la escuela indígena de la cultura predominante no indígena, y en muchos casos sigue buscándose deliberadamente que ésta sustituya a aquélla;
- f) No se pone el suficiente cuidado en no alejar al alumno de su lengua materna al enseñarle el idioma oficial, y en muchos casos sigue buscándose esto deliberadamente;
- g) No son adecuados ni suficientes los programas de ayuda al educando indígena en becas, asignaciones, subsidios, alojamiento, transporte, vestimenta adecuada, etcétera.

Materiales de educación para indígenas

98. Hasta hace muy poco, la finalidad admitida de estos materiales era la asimilación deliberada de las poblaciones indígenas en la corriente principal de la sociedad en general, haciéndoles abandonar sus modalidades culturales en favor de las de los sectores predominantes de la sociedad. En un país sigue siendo éste el propósito explícito de algunos de los materiales y programas aplicados a uno de los sectores en que están clasificadas las poblaciones indígenas.

99. En la mayoría de los casos estos materiales han sido elaborados en la capital o en otras ciudades y están destinados a poblaciones urbanas. En algunos casos han sido preparados en países extranjeros y utilizan términos y expresiones que son ininteligibles para la población local, inclusive la población indígena de que se trate.

100. En ciertos países se han hecho esfuerzos para preparar programas y materiales especiales para la educación indígena, pero se ha visto que o bien no se adaptaban en absoluto a su finalidad, o no eran plenamente adecuados y no servían para las necesidades específicas de los grupos de población a que iban destinados.

101. En algunos países se han elaborado ya materiales y programas con participación directa de etnólogos, dirigentes indígenas de las comunidades interesadas y otros expertos, y parece que se adaptan mucho mejor a las necesidades. Sin embargo, en la mayoría de los casos aún habrá que comprobar cuidadosamente su idoneidad a largo plazo.

102. En algunos casos los materiales preparados para la educación de las poblaciones indígenas se utilizan con ese objeto juntamente con materiales preparados para la población en general.

103. La cultura, las tradiciones, la historia y las instituciones indígenas se transmiten por medios orales, no por medios escritos, y hasta recientemente han permanecido en gran parte sin ser registradas sea por escrito o por otros medios. Hay riesgo de que la autenticidad de esas manifestaciones culturales no sea conservada al hacerse esfuerzos por reducirlas a forma escrita o transcribirlas a base de la memoria, de notas de otras grabaciones hechas por personas no entendidas en la materia.

104. Un elemento importante para la educación de los indígenas en el seno de la sociedad más amplia es el de prepararlos para afirmar y proteger sus derechos y obligaciones como grupos y como individuos dentro de aquella sociedad. Sus propios medios y métodos internos de crear esa conciencia deben ser respetados, apoyados y complementados con medios utilizables en el seno de la sociedad para la defensa de sus derechos y afirmación de sus obligaciones.

105. No se ha puesto el necesario énfasis en las virtudes de la amistad entre los diferentes segmentos de la población, ni fomentado la comprensión y el aprecio de todas las culturas presentes, en particular de la cultura indígena.

Materiales de educación para no indígenas

106. No se está haciendo lo suficiente para combatir y eliminar los conceptos erróneos y los prejuicios contra las poblaciones indígenas.

107. Si bien algunos países han comenzado recientemente a adoptar medidas, éstas no son suficientes para eliminar todas las referencias ofensivas en los textos escolares, y tampoco han logrado orientar esos materiales de manera que contengan información exacta acerca de los grupos indígenas, sus tradiciones, historia y cultura.

Participación en el establecimiento y funcionamiento de instalaciones docentes

108. Son muchos los países en los que se está haciendo muy poco para lograr que las poblaciones indígenas participen adecuadamente y tengan oportunidad de colaborar en la creación y funcionamiento de centros e instituciones docentes para las comunidades indígenas.

109. En algunos países las poblaciones indígenas están comenzando a intervenir realmente en el proceso de adopción de decisiones respecto a la organización de la enseñanza en sus comunidades. Cada vez se busca más su participación en ese proceso por medio de consejos para la educación o comités especiales que intervienen en la administración escolar.

Instituciones o establecimientos docentes indígenas independientes

110. La información sobre varios países indica que no cuentan con instalaciones o instituciones docentes indígenas independientes.

111. Sin embargo, en todos los países los métodos de educación indígenas tradicionales siguen transmitiendo de manera organizada

tradiciones, historia, leyendas, artes y técnicas ancestrales indígenas.

112. En algunos países se realizan experimentos con una o más escuelas a cargo de personal indígena. En algunos de esos países la tendencia es que, como habían recomendado en principio las propias poblaciones indígenas, esas escuelas estén a cargo de las autoridades locales o que los padres sean responsables de ellas. Por lo menos en dos países -Canadá y Estados Unidos-, las escuelas indígenas de las reservas están a cargo de comunidades indígenas y parte de la financiación procede de fuentes oficiales.

113. A este respecto, merecen atención especial los programas en materia de educación y escuelas opcionales para los indígenas norteamericanos y, en particular, las escuelas controladas de supervivencia para los indígenas norteamericanos, descritas en el capítulo XIII (párrs. 393 a 399).

Alcance de los esfuerzos en materia de educación y extensión a la comunidad en general

114. En la mayoría de los países respecto a los cuales se dispone de información sobre estos aspectos, los esfuerzos en materia de educación abarcan también programas de educación de adultos. Se están haciendo esfuerzos para que «la comunidad entera» participe y las actividades se centran en las necesidades comunitarias.

115. En algunos países, los centros comunitarios de enseñanza superior a cargo de las comunidades indígenas están a disposición de toda de comunidad.

Preparación de maestros indígenas y utilización adecuada de sus servicios

116. Parece que en algunos países los maestros indígenas tropiezan con dificultades incluso para ejercer su profesión en las comunidades o escuelas apropiadas.

117. En otros países se contratan maestros, en la medida de lo posible, en las comunidades indígenas y se les ofrece formación especial para que puedan enseñar en sus propias comunidades.

118. En varios países se está capacitando cada vez a más personas indígenas para servir como maestros en sus propias comunidades. Se han creado escuelas normales especiales con esa finalidad.

119. Hay poca información sobre si actualmente esos maestros capacitados ocupan posiciones correspondientes a su formación.

B. Normas aplicables

► Normas internacionales

1. **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales:**

UNESCO mencionando la observación general:

Así, cabe destacar que en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 13 señala que: "Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Conviene en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Conviene asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre."

2. **Convención Americana sobre Derechos Humanos:**

Artículo 29.

Los Estados Parte convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a:

- a) desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades;...
- c) Inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores...

3. **Convención sobre los Derechos del Niño:**

Artículo 30

En los Estados en que existen minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o personas de origen indígena, no se negará a un niño que pertenezca a tales minorías o que sea indígena el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma.

► Normas nacionales

1. **Constitución Política de la República:**

SECCIÓN CUARTA

EDUCACIÓN

Artículo 71. Derecho a la educación. Se garantiza la libertad de enseñanza y de criterio docente. Es obligación del Estado proporcionar y facilitar educación a sus habitantes sin discriminación alguna. Se declara de utilidad y necesidad públicas la fundación y mantenimiento de centros educativos culturales y museos.

Artículo 72. Fines de la educación. La educación tiene como fin primordial el desarrollo integral de la persona humana, el conocimiento de la realidad y cultura nacional y universal. Se declaran de interés nacional la educación, la instrucción, formación social y la enseñanza sistemática de la Constitución de la República y de los derechos humanos.

Artículo 73. Libertad de educación y asistencia económica estatal. La familia es fuente de la educación y los padres tienen derecho a escoger la que ha de impartirse a sus hijos menores. El Estado podrá subvencionar a los centros educativos privados gratuitos y la ley regulará lo relativo a esta materia. Los centros educativos privados funcionarán bajo la inspección del Estado. Están obligados a llenar, por lo menos, los planes y programas oficiales de estudio. Como centros de cultura gozarán de la exención de toda clase de impuestos y arbitrios.

La enseñanza religiosa es optativa en los establecimientos oficiales y podrá impartirse dentro de los horarios ordinarios, sin discriminación alguna. El Estado contribuirá al sostenimiento de la enseñanza religiosa sin discriminación alguna.

Artículo 74. Educación obligatoria. Los habitantes tienen el derecho y la obligación de recibir la educación inicial, pre-primaria, primaria y básica, dentro de los límites de edad que fije la ley. La educación impartida por el Estado es gratuita. El Estado proveerá y promoverá becas y créditos educativos.

La educación científica, la tecnológica y la humanística constituyen objetivos que el Estado deberá orientar y ampliar permanentemente.

El Estado promoverá la educación especial, la diversificada y la extra escolar.

Artículo 75. Alfabetización. La alfabetización se declara de urgencia nacional y es obligación social contribuir a ella. El Estado debe organizarla y promoverla con todos los recursos necesarios.

Artículo 76. Sistema educativo y enseñanza bilingüe. La administración del sistema educativo deberá ser descentralizado y regionalizado. En las escuelas establecidas en zonas de predominante población indígena, la enseñanza deberá impartirse preferentemente en forma bilingüe.

Artículo 77. Obligaciones de los propietarios de empresas. Los propietarios de las empresas industriales, agrícolas, pecuarias y comerciales están obligadas a establecer y mantener, de acuerdo con la ley, escuelas, guarderías y centros culturales para sus trabajadores y población escolar.

2. Legislación nacional:

Ley De Educación Nacional, Decreto No. 12-91

CAPITULO I. PRINCIPIOS

Artículo 1. Principios. La Educación en Guatemala se fundamenta en los siguientes principios:

- a) Es un derecho inherente a la persona humana y una obligación del Estado.
- b) **En el respeto a la dignidad de la persona humana y el cumplimiento efectivo de los Derechos Humanos.**
- c) Tiene al educando como centro y sujeto del proceso educativo.
- d) Está orientada al desarrollo y perfeccionamiento integral del ser humano a través de un proceso permanente, gradual y progresivo
- e) En ser un instrumento que coadyuve a la conformación de una sociedad justa y democrática.
- f) **Se define y se realiza en un entorno multilingüe, multiétnico y pluricultural en función de las comunidades que la conforman.**
- g) Es un proceso científico, humanístico, crítico, dinámico, participativo y transformador.

Artículo 2. Fines. Los fines de la Educación en Guatemala son los siguientes:

- a) Proporcionar una educación basada en principios humanos científicos, técnicos, culturales y espirituales, que formen integralmente al educando, lo preparen para el trabajo, la convivencia social y le permitan el acceso a otros niveles de vida.
- b) Cultivar y fomentar las cualidades físicas, intelectuales, morales, espirituales y cívicas de la población, basadas en su proceso histórico y en los valores de respeto a la naturaleza y a la persona humana.
- c) Fortalecer en el educando, la importancia de la familia núcleo básico social y como primera y permanente instancia educadora.
- d) Formar ciudadanos con conciencia crítica de la realidad guatemalteca en función de su proceso histórico para que asumiéndola participen activa y responsablemente en la búsqueda de soluciones económicas, sociales, políticas, humanas y justas.
- e) Impulsar en el educando el conocimiento de la ciencia y de la tecnología moderna como medio para preservar su entorno ecológico o modificarlo planificadamente en favor del hombre y la sociedad.

-
- f) Promover la enseñanza sistemática de la Constitución Política de la República, el fortalecimiento de la defensa y respeto a los derechos humanos y a la Declaración de los Derechos del Niño.
 - g) Capacitar e inducir al educando para que contribuya al fortalecimiento de la auténtica democracia y la independencia económica, política y cultural de Guatemala dentro de la comunidad internacional.
 - h) Fomentar en el educando un completo sentido de organización, responsabilidad, orden y cooperación, desarrollando su capacidad para superar sus intereses individuales en concordancia con el interés social.
 - i) Desarrollar una actitud crítica e investigativa en el educando para que pueda enfrentar con eficacia los cambios que la sociedad le presenta.
 - j) Desarrollar en el educando aptitudes y actitudes favorables para actividades de carácter físico, deportivo y estético.
 - k) Promover en el educando aptitudes responsables y comprometidas con la defensa y desarrollo del patrimonio histórico, económico, social, étnico y cultural de la Nación.
 - l) Promover la coeducación en todos los niveles educativos.
 - m) Promover y fomentar la educación sistemática del adulto.

C. Análisis de casos, estadísticas y/o situaciones aplicables

► Situación

La ONG denominada “Defensoría Indígena” ha venido constatando una serie de irregularidades y violaciones a derechos fundamentales en distintas comunidades indígenas de nuestro país. Las causas que generan estos problemas en estas comunidades son diversas y de distinta naturaleza, desde discriminación étnica hasta ausencia del suministro de los servicios públicos básicos.

El Convenio 169 se adoptó teniendo como eje fundamental el respeto y participación de los habitantes de las comunidades indígenas, particularmente en cuanto a su cultura, religión, organización social, economía e identidad propia; además, del goce pleno de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

En cuanto al derecho a preservar la cultura y la identidad propia de las comunidades indígenas, el Convenio 169 señala la viabilidad de que el Estado procure la enseñanza (leer y escribir) en su propio idioma a los niños de estos pueblos y el idioma nacional, en aras de que se les permita una participación plena y en igualdad tanto en la vida de su comunidad como en la nacional.

Las disposiciones señaladas en dicho Convenio se constituyen en derechos que deben ser respetados y hacerse efectivos, estableciéndose la obligatoriedad de las entidades públicas en cuanto a su observancia.

En casi todos los países con población indígena, la educación bilingüe e intercultural está alcanzando reconocimiento y protección constitucional, nuestro país no ha sido la excepción. El problema que se presenta en las escuelas de comunidades indígenas es el resultado de diversas situaciones en esos entes

educativos. Las diferencias que se presentan entre maestros que no saben el idioma maya y la comunidad, determinan que existan varias situaciones que deben ser atendidas con prontitud para no seguir lesionando el derecho a la educación de los niños y las niñas, incidiendo además en la enseñanza del idioma indígena y, en general, en el normal desenvolvimiento de los centros educativos que redundan en divisiones en la propia comunidad.

“En relación con las clases del idioma Quiché, esta Procuraduría considera de mucha importancia el programa que ha desarrollado la Dirección General de Educación Bilingüe –DIGEBI-, congruente con el Convenio 169 de la OIT y la protección constitucional de los idiomas indígenas. Es claro que este programa está sujeto a mejoras y su desarrollo ha requerido de mucha dedicación, por lo que especial atención merece el seguimiento a las situaciones denunciadas, que como ha sido el caso, en definitiva han afectado su efectivo desarrollo en la Escuela Pública de San Pedro Ayampuc.

En el informe que remite la Asesora Supervisora de la DIGEBI indica que varios padres de familia están a favor de la directora de la escuela y otros en contra de que se impartan clases de Quiché, lo que demuestra que no es toda la comunidad la que está en contra de la enseñanza del idioma Quiché.

En este asunto, pareciera que la división de la comunidad ha trascendido de niveles de docencia a personales, y que éstas diferencias han repercutido en la enseñanza del idioma Quiché, debiéndose proceder a una revisión de la metodología empleada, rescatando en todo momento la opinión y el criterio de los propios miembros de la comunidad indígena.

Esta Procuraduría considera recomendable establecer un ciclo de charlas de sensibilización acerca de la importancia de la preservación de la cultura y el idioma indígena en San Pedro Ayampuc; incluyendo el trabajo con las personas que están en desacuerdo con la enseñanza del idioma maya, con la finalidad de promover el programa y facilitar a sus hijos la participación en él.”

► Preguntas

Responda las preguntas que se presentan a continuación.

- ¿Por qué se considera que el Estado está incumpliendo con los Tratados y Convenios internacionales sobre educación y medios de comunicación?

- Considera usted que el Estado guatemalteco está violando el derecho a la educación en condiciones de igualdad.

- ¿Qué mecanismos legales conoce usted, que el Estado guatemalteco ha implementado recientemente para que los pueblos indígenas adquieran la educación a todos los niveles en pie de igualdad?

- ¿Qué mecanismos legales conoce usted, que el Estado guatemalteco ha implementado recientemente para que los niños y niñas indígenas aprendan a leer y escribir en su propio idioma?

- ¿Qué mecanismos legales conoce usted, que el Estado guatemalteco ha implementado recientemente para que los pueblos indígenas formulen y ejecuten programas de educación?

- ¿Qué mecanismos legales conoce usted, que el Estado guatemalteco ha implementado recientemente para que los pueblos indígenas construyan sus propias instituciones y medios de educación?

Capítulo 7

CONTACTOS Y COOPERACIÓN A TRAVÉS DE LAS FRONTERAS

Artículo 32

Los gobiernos deberán tomar medidas apropiadas, incluso por medio de acuerdos internacionales, para facilitar los contactos y la cooperación entre pueblos indígenas y tribales a través de las fronteras, incluidas las actividades en las esferas económica, social, cultural, espiritual y del medio ambiente.

Existen muchos casos en los cuales los pueblos indígenas han sido separados por fronteras nacionales establecidas sin su consentimiento. En Guatemala y México los pueblos Mayas viven en esta situación. En América Latina, por ejemplo, el pueblo Quichua habita tanto en El Perú como en Bolivia. Parecido es el caso del pueblo Aymara y Collas que comparten territorios nacionales diferentes entre Bolivia, Perú y el norte de Argentina. Muchos conflictos causó sobre todo la delimitación arbitraria de las fronteras en África que separan pueblos tribales enteros.

En este **artículo 32**, el Convenio da cuenta del problema y dispone medidas de los Gobiernos para posibilitar contactos y la cooperación de los pueblos afectados. No delimita contactos y cooperación a los miembros de la misma etnia o del mismo grupo cultural, sino también pretende referirse a distintos pueblos indígenas a fin de establecer vínculos de solidaridad internacional.⁵⁸

De hecho, en muchas ocasiones, pueblos indígenas de determinados países han invitado a congresos y seminarios sobre temas de interés común de los pueblos indígenas.

Leyes migratorias y disposiciones entre los países deben considerar este problema. La administración de la justicia de los países afectados debe ser sensibilizado y aplicar la ley y este Convenio a favor del contacto transfronterizo entre los pueblos indígenas, sea de naturaleza comercial, productivo, laboral o de otra índole.

⁵⁸ Tomado de la Guía del Convenio 169 de la OIT.

SECCIÓN TRES

CUESTIONES GENERALES Y ADMINISTRATIVAS DEL CONVENIO 169

Esta sección comprende los artículos del 33 al 44 del Convenio, que se refieren a temas de las secciones anteriores, su alcance, vigencia y validez:

- ▶ VIII Parte. Administración (Art. 33)
- ▶ IX Parte. Disposiciones generales (Art. 34-35)
- ▶ X Parte. Disposiciones finales (Art.36-44)

▶ Administración

Disposición de que los gobiernos deberán establecer instancias u otros mecanismos apropiados para administrar los programas que afectan a estos pueblos, asegurándose que cuenten con los recursos necesarios para el cabal desempeño de sus funciones, estos deben incluir la planificación, coordinación, ejecución y evaluación, en cooperación con los pueblos interesados, de las medidas contempladas en el Convenio.

▶ Disposiciones generales

Estipula que el Convenio deberá aplicarse de una manera flexible, tomando en cuenta las condiciones de cada país, no implicando esto que los gobiernos puedan aplicar de cualquier manera el Convenio

▶ Disposiciones finales

Referida a los compromisos que adoptan los países que ratifiquen todo el contenido del Convenio 169.

Capítulo 1

ADMINISTRACIÓN Y

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 33

Administración

1.- La autoridad gubernamental responsable de las cuestiones que abarca el presente Convenio deberá asegurarse de que existen instituciones u otros mecanismos apropiados para administrar los programas que afecten a los pueblos interesados, y de que tales instituciones o mecanismos disponen de los medios necesarios para el cabal desempeño e sus funciones.

2.- Tales programas deberán incluir:

- a) la planificación, coordinación, ejecución y evaluación, en cooperación con los pueblos interesados, de las medidas previstas en el presente Convenio;*
- b) la proposición de medidas legislativas y de otra índole a las autoridades competentes y el control de la aplicación de las medidas adoptadas en cooperación con los pueblos interesados.*

Artículo 34

Disposiciones Generales

La naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país.

Artículo 35

Disposiciones Generales

La aplicación de las disposiciones del presente Convenio no deberá menoscabar los derechos y las ventajas garantizados a los pueblos interesados en virtud de otros convenios y recomendaciones, instrumentos internacionales, tratados, o leyes, laudos, costumbres o acuerdos nacionales.

El **artículo 33** enfatiza un tema de suma importancia que la **disponibilidad de recursos** necesarios para los programas y mecanismos a favor de los pueblos indígenas.

El bajo presupuesto para estos programas e instituciones creadas repercute esencialmente en el ejercicio real de los derechos de los pueblos indígenas. Constituye un problema grave de legitimidad de estas instituciones, fondos y programas y muchas veces pone en duda la seriedad con que el Estado abarca los derechos de su población indígena.

El **artículo 34** que estipula la flexibilidad en la aplicación del Convenio no implica que los Gobiernos pueden aplicarlo de cualquier manera, más bien considera la gran diversidad de las situaciones nacionales específicas. Para la aplicación del Convenio, la pauta la da la Parte I sobre la Política General.

El **artículo 35** establece una relación entre el Convenio 169 y los demás instrumentos internacionales en derechos humanos. El Convenio 169 no menoscaba ningún derecho o disposición de otros tratados y no los invalida. Incluso, la interpretación debe enfatizar en que cuando un instrumento internacional fije disposiciones más favorables que el Convenio, éstas no pueden ser suprimidas en función de la aplicación del Convenio 169.

Capítulo 2

DISPOSICIONES FINALES

Artículo 36

Disposiciones Finales

Este Convenio revisa el Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957.

Artículo 37

Disposiciones Finales

Las ratificaciones formales del presente Convenio serán comunicadas, para su registro, al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo.

Artículo 38

Disposiciones Finales

- 1.- Este Convenio obligará únicamente a aquellos miembros de la Organización Internacional del Trabajo cuyas ratificaciones haya registrado el Director General.*
- 2.- Entrará en vigor doce meses después de la fecha en que las ratificaciones de dos Miembros hayan sido registradas por el Director General.*
- 3.- Desde dicho momento, este Convenio entrará en vigor, para cada Miembro, doce meses después de la fecha en que haya sido registrada su ratificación.*

Artículo 39

Disposiciones Finales

- 1.- Todo Miembro que haya ratificado este Convenio podrá denunciarlo a la expiración de un período de diez años, a partir de la fecha en que se haya puesto inicialmente en vigor, mediante un acta comunicada, para su registro, al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo. La denuncia no surtirá efecto hasta un año después de la fecha en que se haya registrado.*

2.- Todo Miembro que haya ratificado este Convenio y que, en el plazo de un año después de la expiración del período de diez años mencionado en el párrafo precedente, no haga uso del derecho de denuncia previsto en este artículo quedará obligado durante un nuevo período de diez años, y en lo sucesivo podrá denuncia este Convenio a la expiración de cada período de diez años, en las condiciones previstas en este artículo.

Artículo 40

Disposiciones Finales

1.- El Director General de la Oficina Internacional del Trabajo notificará a todos los Miembros de la Organización Internacional del Trabajo el registro de cuantas ratificaciones, declaraciones y denuncias le comuniquen los Miembros de la Organización.

2.- Al notificar a los Miembros de la Organización el registro de la segunda ratificación que le haya sido comunicada, el Director General llamará la atención de los Miembros de la Organización sobre la fecha en que entrará en vigor el presente Convenio.

Artículo 41

Disposiciones Finales

El Director General de la Oficina Internacional del Trabajo comunicará al Secretario General de las Naciones Unidas, a los efectos del registro y de conformidad con el artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas, una información completa sobre todas las ratificaciones, declaraciones y actas de denuncia que haya registrado de acuerdo con los artículos precedentes.

Artículo 42

Disposiciones Finales

Cada vez que lo estime necesario, el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo presentará a la Conferencia una memoria sobre la aplicación del Convenio, y considerará la conveniencia de incluir en el orden del día de la Conferencia la cuestión de su revisión total o parcial.

Artículo 43

Disposiciones Finales

1.- *En caso de que la Conferencia adopte un nuevo convenio que implique una revisión total o parcial del presente, y a menos que el nuevo convenio contenga disposiciones en contrario:*

- a) *la ratificación, por un Miembro, del nuevo convenio revisor implicará, ipso jure, la denuncia inmediata de este Convenio, no obstante las disposiciones contenidas en el artículo 39, siempre que el nuevo convenio revisor haya entrado en vigor;*
- b) *partir de la fecha en que entre en vigor el nuevo convenio revisor, el presente Convenio cesará de estar abierto a la ratificación por los Miembros.*

2.- *Este Convenio continuará en vigor en todo caso, en su forma y contenido actuales, para los Miembros que lo hayan ratificado y no ratifique el convenio revisor.*

Artículo 44

Disposiciones Finales

Las versiones inglesa y francesa el texto de este Convenio son igualmente auténticas.

ANEXOS

ANEXO 1

EL CONVENIO 169 Y SU APLICACIÓN: PROCEDIMIENTOS DE CONTROL Y SUPERVISIÓN⁵⁹

Pregunta: ¿Qué pasa si un país que ha ratificado el Convenio núm. 107 decide ratificar el Convenio núm. 169?

El Convenio núm. 169 revisó el Convenio núm. 107. Ello implica que, este último ya no se puede ratificar pero sigue vigente en los Estados que, habiéndolo ratificado, no hayan ratificado aún el Convenio núm. 169. Este es el caso, por ejemplo, de Bangladesh, la India o el Ecuador, entre otros. Por otra parte, si un país que ratificó el Convenio núm. 107 decide ratificar el nuevo Convenio, cesa de tener vigencia el anterior y sólo tiene que cumplir con las obligaciones que emanan del Convenio núm. 169 e informar de su aplicación a los órganos de control de la OIT. Este es el caso de México, Perú y Bolivia, entre otros.

Pregunta: ¿Qué países pueden ratificar el Convenio?

Todos los países desarrollados o en vías de desarrollo Miembros de la OIT, e incluso aquellos que no tienen pueblos indígenas en su población nacional, pueden ratificarlo. Las ratificaciones en estos últimos casos son una prueba de solidaridad hacia los pueblos indígenas y tribales. Los principios del Convenio pueden servir de guía e influir en su política de cooperación y programas de desarrollo, en apoyo a los pueblos indígenas y tribales. Tal es el caso de Bélgica que ratificó el Convenio núm. 107 el de Austria y los Países Bajos cuyos Congresos aprobaron el Convenio núm. 169; queda por saber si los gobiernos van a comunicar la ratificación o no a la OIT.

Pregunta: ¿Cómo se supervisa y controla la aplicación del Convenio?

Una vez que un país ratifica el Convenio núm. 169 o cualquier otro de la OIT, se pone en marcha el mecanismo de supervisión de la OIT para garantizar su aplicación adecuada. Como organismo internacional, la OIT no tiene poder coercitivo; sus principios básicos para el proceso de supervisión son el diálogo y la persuasión. Estas medidas funcionan

⁵⁹ Extracto de: “Pueblos Indígenas y Tribales: Guía para la aplicación del Convenio núm. 169 de la OIT”.
www.oit.or.cr/mdtsanjo/indig/conten/htm#apli

porque en la práctica son una manera de ayudar a alcanzar los objetivos que los gobiernos se trazaron voluntariamente con la ratificación.

El gobierno de un país envía memorias a la OIT cada cinco años, o antes si así se lo requiere, para informar cómo se aplica el Convenio, tanto legalmente como en la práctica. La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, un órgano de expertos independientes en el campo jurídico y de las ciencias sociales, analiza la información recibida y formula comentarios o solicita más información al gobierno. La Comisión elabora un informe anual sobre sus trabajos. La Comisión de Normas de la Conferencia Internacional del Trabajo (anual) puede, como seguimiento, invitar al gobierno a presentarse ante dicha Comisión para aclarar la situación considerada. El informe de la Comisión de la Conferencia incluye una descripción detallada de cada discusión y cualquier punto pendiente es luego examinado por la Comisión de Expertos. Normalmente, el gobierno vuelve a examinar su situación a la luz de estos comentarios.

A menudo, la OIT ofrece asistencia técnica para ayudar a mejorar esta situación. Si no se toman las medidas adecuadas, los órganos de control de la OIT siguen examinando el caso hasta que éste se resuelva. Conviene mencionar el procedimiento de "contactos directos", que abre la posibilidad de contactos entre un representante del Director General de la OIT y los gobiernos que enfrentan dificultades especiales que obstaculizan la ratificación o la aplicación de las normas ratificadas. Varios Estados han expresado su deseo de mejorar previamente sus condiciones económicas y sociales antes de asumir las obligaciones implícitas en las normas internacionales. En este caso, se puede también contar con la asistencia técnica de la OIT cuando se considera la posibilidad de ratificar un Convenio. Con este motivo, se llevan a cabo estudios para establecer la compatibilidad del marco nacional y de los convenios de la OIT, a fin de proporcionar a los gobiernos y a los interlocutores sociales interesados argumentos sólidos para que decidan sobre la oportunidad o no de la ratificación de un Convenio.

Pregunta: ¿Cómo se adecua la legislación nacional a las disposiciones del Convenio?

Los gobiernos deben decidir cómo van a aplicar las disposiciones del Convenio, consultando con los pueblos indígenas y tribales. Esto se puede hacer ya sea a través de una legislación, instancias prácticas o administrativas, convenios colectivos o cualquier otro medio que sea conveniente.

Pregunta: ¿Qué pasa en caso de incompatibilidad entre la ley nacional y el Convenio?

En tal caso la ley nacional y la práctica deben adecuarse. Debe puntualizarse que el artículo 34 dispone que la naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al Convenio deberán determinarse con *flexibilidad*, teniendo en cuenta la

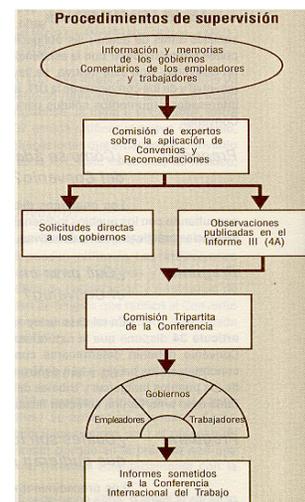
variedad de situaciones concretas en los países y aún dentro de cada país. *No existe una solución única* para los problemas de los pueblos indígenas y tribales del Brasil, el Canadá, la India, Rusia, las Filipinas o de otros países. Cada caso amerita una solución flexible y adaptada a la situación nacional específica.

Pregunta: ¿Cuáles son los procedimientos para considerar las quejas que pudieran presentar los indígenas?

Los procedimientos de control desarrollados por la OIT constituyen quizás el más electivo y meticuloso mecanismo internacional para la protección de los derechos humanos. Dada la particular estructura tripartita de la OIT, estos procedimientos no pueden ser usados directamente para quejas individuales, sino sólo por un gobierno, un sindicato o una asociación de empleadores. Esto significa que los individuos o las organizaciones indígenas o tribales, salvo que éstas sean asociaciones de trabajadores o empleadores, tienen que canalizar sus comentarios o quejas y reclamaciones a través de organizaciones sindicales o asociaciones de empleadores.

Existen, sin embargo, otras posibilidades para hacer llegar la información. El Formulario de Memoria del Convenio núm. 169 abre una posibilidad al sugerir -no exigir- que los gobiernos consulten con las organizaciones indígenas del país al preparar sus memorias sobre dicho Convenio. Si este mecanismo puede establecerse de manera permanente en relación con la aplicación del Convenio, a fin de que los directamente interesados participen en dicho control, se crearía así una válvula de seguridad útil, lo que evidentemente coincidiría de manera plena con el enfoque participativo de la OIT.

En Noruega se ha desarrollado una nueva forma de aprovechar el mecanismo de supervisión desarrollado por la OIT. Existe un Parlamento Sami⁶⁰ que gradualmente asumió un rol preponderante en el manejo de los asuntos internos de la autonomía de dicho pueblo. A sugerencia del Formulario de Memoria del Convenio núm. 169, el Gobierno de Noruega comenzó a enviar sus memorias al Parlamento Sami para que formulara sus comentarios, los cuales más tarde se transmiten directamente a la OIT como parte integral de la Memoria. El Gobierno también ha pedido a la OIT que establezca un diálogo paralelo con el Parlamento, otorgando a los representantes del pueblo Sami una participación formal en el proceso de supervisión de aplicación del Convenio. Si bien este arreglo no se ha dado en otro país, la Comisión de Expertos de la OIT desde hace unos años viene instando a los gobiernos a que consulten con los pueblos indígenas y tribales en la preparación de las memorias, especificando el resultado de dichas consultas.



⁶⁰ El pueblo Sami: El territorio tradicional Sami se extiende por cuatro países: Finlandia, Noruega, Rusia y Suecia. En Noruega se les reconoce como pueblo indígena.

Otra posibilidad es que las organizaciones indígenas puedan enviar informaciones directamente a la OIT. Si los comentarios de las organizaciones indígenas auténticas contienen información verificable, como por ejemplo, leyes, reglamentos u otros documentos oficiales, la Comisión de Expertos puede utilizar esta información de manera directa. En algunos casos, cuando existe una serie de problemas constantes derivados de la aplicación de estos convenios, las organizaciones indígenas pueden recurrir a una organización sindical internacional para que asuma su causa, en el caso eventual de que las organizaciones sindicales nacionales no manifiesten mucho entusiasmo para asumir esa defensa.

Pregunta: ¿Cuál es la relación entre el Convenio núm. 169 y otros instrumentos internacionales, tales como el proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Poblaciones Indígenas o el proyecto de instrumento interamericano sobre derechos indígenas?:

La OIT sigue con atención y contribuye a la formulación de instrumentos internacionales en éste y demás ámbitos relacionados con el mandato y esferas de competencia de la Organización. Una de las principales razones por las que la OIT sigue con atención la actividad normativa de los otros organismos del sistema de las Naciones Unidas es asegurar que las nuevas normas establezcan principios por debajo de aquellos contenidos en los instrumentos adoptados por la propia OIT. Esta preocupación se manifiesta también en relación con instrumentos que no tienen carácter obligatorio, tales como las declaraciones u otros. La OIT contribuye a este proceso de elaboración de normas mediante la formulación de comentarios y sugerencias, a pedido de la organización responsable de la redacción del instrumento, y la participación en las reuniones que dichas agencias organicen a tal fin. Desde 1982, la OIT viene participando en las reuniones de verano del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas (UNWGIP) en Ginebra y ha proporcionado comentarios sobre los diversos proyectos de Declaración sobre los Derechos de las Poblaciones Indígenas. Por cuanto hace al proyecto de instrumento interamericano sobre derechos indígenas, la OIT ha compartido sus observaciones y sugerencias con la Organización de Estados Americanos (OEA) en diversas oportunidades.

Pregunta: ¿Las organizaciones internacionales de desarrollo y de financiación están obligadas a cumplir con las disposiciones del Convenio en aquellos países que lo hayan ratificado?

No. La ratificación de un instrumento internacional es la prerrogativa exclusiva de los Estados nacionales. Por consiguiente, sólo al Estado le compete actuar de conformidad con los instrumentos internacionales que ratifique, y los gobiernos deberían asegurar que los programas de desarrollo o de inversión financiados con recursos externos no violen los principios y disposiciones de dichos instrumentos. Cabe resaltar, sin embargo, que las agencias internacionales tienen cierta obligación de no fomentar la violación de derechos humanos y de los compromisos internacionales suscritos por el país que recibe el financiamiento o apoyo internacionales. Sin embargo, las agencias de desarrollo y

financiación sí tienen la obligación de cumplir con sus propias directrices y políticas y ceñirse a éstas en el marco de los proyectos financiados por dichas instituciones. Estas últimas pueden buscar ampliar el impacto de sus propias políticas más allá de los proyectos que las referidas instituciones financian. Esto puede lograrse apoyando a los gobiernos, que reciben la ayuda, en la formulación de marcos normativos y de reglamentación, cuando éstos no existan, o formando los cuadros técnicos del sector interesado.

Pregunta: ¿El Convenio ha tenido alguna influencia sobre los sindicatos?

Sí. Recientemente el Convenio ha ayudado a algunos sindicatos a reflexionar y redefinir sus relaciones con los pueblos indígenas y tribales. Hasta hace poco el vínculo entre éstos y el movimiento laboral era muy tenue. Los sindicatos, históricamente, han sido más fuertes en las áreas urbanas y se han preocupado principalmente de estrategias de negociación colectiva y de las necesidades de sus miembros. En el caso de las organizaciones de trabajadores rurales, los miembros han sido esencialmente trabajadores asalariados y con un contrato de empleo regular. Por el contrario, los pueblos indígenas y tribales habitan en su mayoría áreas rurales y trabajan por cuenta propia o como trabajadores eventuales, arrendatarios o aparceros. En los últimos tiempos, sin embargo, los sindicatos, como resultado de los cambios ocurridos en el mundo del empleo a nivel mundial, a saber un incremento en las tasas de desempleo y la precarización del empleo, se encuentran frente a la necesidad de diversificar sus programas y buscar nuevos miembros. Esto explica la atención que el movimiento laboral está prestando a asuntos del medio ambiente y discriminación, y de los derechos de las minorías étnicas, incluyendo a los pueblos indígenas y tribales. En el pasado, los sindicatos, denunciaron, por medio de los procedimientos de control de la aplicación de los convenios de la OIT, casos de incumplimiento de las disposiciones de los Convenios núms. 107 y 169. La antigua Federación Internacional de los Trabajadores de las Plantaciones, de la Agricultura y Trabajadores Aliados (FITPAs) - hoy la Unión Internacional de Alimentos, Agricultura, Hotel, Restaurantes y Aliados - jugó un papel fundamental en la denuncia del trato inclemente al que el Gobierno de la India, signataria del Convenio núm. 107, sometía a los Adivasi, en el marco de la construcción del proyecto de energía Sardar Sarovar. Recientemente, el movimiento sindical ha tratado de identificar otros medios para apoyar las demandas de los pueblos indígenas y tribales. Al respecto, cabe mencionar el programa de formación que la Internacional de Servicios Públicos está finalizando para formar a sus miembros con el fin de que incorporen las aspiraciones y demandas de los referidos pueblos en su trabajo.

ANEXO 2

GUATEMALA: EL PROCESO DE PAZ Y EL CONVENIO NÚMERO 169⁶¹

Desde 1987 el Gobierno de Guatemala y los cuatro grupos insurgentes que conforman la Unidad Nacional Revolucionaria de Guatemala están negociando la paz. La firma, en 1994, del Acuerdo Global sobre los Derechos Humanos, bajo los auspicios de las Naciones Unidas, representa, sin duda, un hito en las referidas discusiones de paz. En aquella oportunidad se acordó negociar por separado acuerdos sobre una serie de temas, a saber, la identidad y los derechos de los pueblos indígenas; aspectos socioeconómicos y la situación agraria; el fortalecimiento de la sociedad civil y el papel del ejército en una sociedad democrática; las reformas constitucionales y el régimen electoral. El 31 de marzo de 1995, el Gobierno y la URNG firmaron, tras seis meses de negociaciones, el Acuerdo sobre la Identidad Étnica y los Derechos Humanos de los Pueblos indígenas. El Acuerdo cubre un amplio espectro de temas que van desde la educación, el lenguaje y cuestiones de género, cultura, conocimiento tradicional, derechos sobre la tierra y derecho consuetudinario. También se menciona el Convenio núm. 169 y ambas partes solicitan a los actores sociales interesados que faciliten el proceso de ratificación del Convenio, mientras que el Gobierno se compromete a promover su adopción, por parte del Congreso. El Acuerdo dispone, además, que las partes sociales interesadas y los pueblos indígenas deberían discutir los aspectos prácticos del mismo, en el seno de *mesas paritarias* constituidas para tal fin. Desde abril de 1995, la OIT, por medio de un *proyecto de cooperación técnica* financiado por DANIDA, viene brindando servicios de asesoramiento técnico a organizaciones indígenas y grupos de apoyo, bajo la forma de asistencia legal y capacitación para el desarrollo, dirigidos a fortalecer su capacidad de definir y defender sus posiciones y prioridades en las actividades relacionadas con el proceso de paz. Otro objetivo del proyecto es establecer condiciones y oportunidades para el análisis y el debate entre el Estado, los pueblos indígenas y los otros actores sociales, de asuntos de interés para los referidos pueblos. Recientemente, el Congreso de Guatemala invitó a la OIT a participar en una consulta técnica para examinar el alcance y las implicaciones del Convenio núm. 169. Pocos días después, el Congreso aprobó la ratificación del Convenio y en junio de 1996 el Gobierno procedió a depositar el instrumento de ratificación ante la OIT.

⁶¹ Cuadro número 10 “Pueblos Indígenas y Tribales: Guía para la aplicación del Convenio núm. 169 de la OIT”.

ANEXO 3

RECOMENDACIONES DEL SEMINARIO DE EXPERTOS SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS Y LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA⁶²

► Recomendaciones

1. *Recomendaciones a los gobiernos:*

12. Que aseguren la igualdad ante la ley y la no discriminación de los pueblos indígenas en la aplicación de todos sus derechos humanos universalmente reconocidos en el ámbito de la administración de justicia.

13. Que reconozcan que un elemento esencial para asegurar la igualdad ante la ley y la no discriminación es el reconocimiento por ley y la protección de la diversidad cultural de los pueblos indígenas.

14. Que adopten medidas especiales para responder al desequilibrio histórico de los pueblos indígenas como causa subyacente de su discriminación en los sistemas de justicia.

15. Que creen y mantengan sistemas de recogida de datos cualitativos sobre los pueblos indígenas y la administración de la justicia, tales como índices de los niveles de arrestos, sentencias, encarcelamientos y penas capitales. Estos datos deben ser desagregados según el estatus de indígena, de género y de edad, y deben ser publicados y accesibles con el fin de identificar situaciones de discriminación y sobre la representación de los pueblos indígenas en los sistemas de administración de justicia, incluyendo información acerca de indígenas expuestos a la pena capital allá donde se aplique.

16. Que el encarcelamiento de personas indígenas se utilice como último recurso y que se consideren, junto a las comunidades indígenas, alternativas basadas en la igualdad y la no discriminación que incluyan opciones diferentes a la privación de libertad.

⁶² E/CN.4/2004/80/Add.4, del 27 de enero de 2004

17. Que ayuden a recuperar las prácticas jurídicas indígenas, en cooperación con expertos jurídicos indígenas, en el caso que estos puedan contribuir al desarrollo de un sistema de justicia imparcial y que esté en plena conformidad con la legislación internacional sobre derechos humanos, particularmente con los derechos de las mujeres.

18. Que se lleven a cabo estudios sobre las leyes que afectan de una manera desproporcionada a los pueblos indígenas así como que se tomen las medidas necesarias dirigidas a eliminar la discriminación como resultado de tales leyes.

19. Los Estados deben tener en consideración que las mujeres indígenas encarceladas pueden haber sido víctimas de la extrema pobreza y la discriminación debido a su género, pobreza y etnicidad, y por lo tanto deben considerar el desarrollo de programas especiales para tratar las causas que conducen a su encarcelamiento. Además se recomienda que se lleven a cabo estudios sobre la situación de las mujeres indígenas encarceladas teniendo presente las consecuencias a largo plazo sobre sus hijos, familias y comunidades, que se supervise el respeto de sus derechos humanos en prisión y se revisen los programas de rehabilitación dirigidos a la reintegración de las mujeres indígenas dentro de sus familias y comunidades.

20. Que desarrollen medidas, incluyendo la educación, formación y políticas de reclutamiento para aumentar el número de personas indígenas empleadas en los sistemas de administración de justicia.

21. Que promuevan programas de formación y educación para los cuerpos de funcionarios de los sistemas de justicia como la policía, los magistrados y los jueces, asistentes sociales y otros, así como para estudiantes de derecho sobre las culturas de los pueblos indígenas, sus costumbres y prácticas jurídicas, como medidas para combatir la discriminación y promover el respeto de la diversidad cultural.

22. Que tomen medidas para asegurar que los pueblos indígenas, tanto individual como colectivamente, puedan entender o ser entendidos en los procedimientos legales a través de intérpretes o bien por otros mecanismos efectivos.

23. Que se reconozcan los sistemas de justicia propios de los pueblos indígenas y se desarrollen mecanismos que permitan a estos sistemas de funcionar efectivamente en cooperación con los sistemas nacionales oficiales. Tales mecanismos deben ser desarrollados teniendo como base acuerdos constructivos con los pueblos afectados.

24. Tanto los Estados como los pueblos indígenas deben incorporar los derechos humanos e indígenas internacionalmente reconocidos dentro de sus sistemas de justicia.

25. Que se tomen en cuenta los mecanismos de los pueblos indígenas para la resolución de conflictos, su capacidad normativa y jurídica y su autoridad para desarrollar sus propios procesos, sin interferencias externas.

26. Que los sistemas legales nacionales incorporen el uso de las costumbres indígenas relevantes, tradiciones, símbolos y derecho consuetudinario en aquellos casos en los que estén involucrados pueblos o individuos indígenas. Esto puede ser conseguido a través de procedimientos especiales en los que estén involucradas autoridades indígenas y métodos de resolución de conflictos.

27. Que sigan un plan de acción y se establezca una estrategia para llevar a cabo decisiones, conclusiones y recomendaciones presentadas para la mejora de la administración de justicia y su efecto en los pueblos indígenas.

28. Que se establezca una justicia juvenil indígena distinta que integre completamente en sus legislaciones, políticas y prácticas las provisiones de la Convención de los Derechos del Niño, en particular de los artículos 3, 5, 20, 30, 37, 39 y 40, y otras normativas internacionales relevantes en esta área, como las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores ("Reglas de Beijing"), las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad), las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad y las Directrices de Acción sobre el Niño en el Sistema de Justicia Penal.

29. Que se asegure que ninguna persona indígena menor de los 18 años sea tratada como un adulto sin tener en cuenta las circunstancias de la gravedad de su delito; que las opiniones de los niños indígenas ante los tribunales sean escuchadas y respetadas en todos los casos; que las medidas necesarias (por ejemplo, alternativas a la libertad condicional) sean tomadas para reducir considerablemente el número de niños indígenas detenidos y asegurar que la detención sea solamente el último recurso y por el mínimo período de tiempo; respetar las responsabilidades, derechos y deberes de los padres, los miembros de la familia o de la comunidad conforme a las costumbres locales con el fin de dar consejo a un niño indígena que se vea implicado en un procedimiento ante los tribunales; tomar en consideración las leyes de los pueblos indígenas, las tradiciones y costumbres en relación con asuntos penales.

30. Al aplicar las leyes y regulaciones nacionales a los pueblos indígenas, los Estados deben tomar en cuenta el debido respeto a sus costumbres o su derecho consuetudinario y respetar los métodos practicados de forma consuetudinaria por parte de los pueblos indígenas para afrontar los delitos, inclusive sobre cuestiones criminales, cometidos por sus miembros. También tienen que tomar en cuenta las características económicas, sociales y culturales de los pueblos indígenas para la imposición de penas bajo la ley general.

31. Tomando en consideración el número de casos llevados a la atención del Relator Especial durante el Seminario, los expertos invitan a los gobiernos a examinar todos los casos relacionados con los defensores de los derechos humanos de los indígenas

encarcelados cuando exista la evidencia que los juicios se vieron afectados por influencias políticas o defectos procesales.

32. Los Estados deben asegurar que las nuevas medidas antiterroristas no sean utilizadas de manera que violen los derechos humanos de los pueblos indígenas y en particular que no sean utilizadas como medio de intimidación de protestas civiles legítimas.

2. Recomendaciones a los órganos de las Naciones Unidas, organismos especializados y mecanismos de derechos humanos de las Naciones Unidas:

33. Se solicita al Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas que incorpore la información y el análisis de este Seminario en su informe a la Comisión de Derechos Humanos en su 60º período de sesiones, y que adjunte en un anexo las conclusiones y las recomendaciones adoptadas en el Seminario.

34. Se invita al Grupo de Trabajo sobre las Poblaciones Indígenas a considerar la elaboración de un estudio sobre los pueblos indígenas y la administración de la justicia, incluyendo un análisis de los obstáculos en el logro de justicia para los pueblos indígenas, ejemplos de buenas prácticas en la promoción de justicia igualitaria y culturalmente apropiada, así como ejemplos de pluralismo jurídico en los Estados.

35. Se solicita que la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos transmita el informe narrativo del Seminario al Grupo de Trabajo sobre las Poblaciones Indígenas en su 22º período de sesiones, al grupo de trabajo sobre el "Proyecto de declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas", al Foro Permanente sobre Cuestiones Indígenas y a los órganos de vigilancia de los tratados sobre derechos humanos y procedimientos especiales relevantes.

36. Que la Oficina del Alto Comisionado considere la organización de próximos seminarios, así como proyectos técnicos de cooperación sobre pueblos indígenas y la administración de justicia en vistas a mantener profundas discusiones, intercambio de experiencias y desarrollo de directrices en áreas como el pluralismo legal. También se solicitó a la Oficina del Alto Comisionado promover programas de formación y ayuda u otras formas de asistencia para profesionales en derecho indígena.

37. Se invita a la Oficina del Alto Comisionado a tratar las cuestiones discutidas en el Seminario con los órganos y organismos del sistema de las Naciones Unidas y organismos especializados, instituciones nacionales de derechos humanos y organizaciones no gubernamentales e indígenas relevantes y a buscar su apoyo en la promoción del diálogo y la acción en la materia.

38. Se invita al Grupo de Trabajo sobre las Poblaciones Indígenas a incluir el tema de "los pueblos indígenas y la administración de justicia" como un capítulo permanente en su programa, y también como tema principal en uno de sus futuros períodos de sesiones.

39. Se invita a la Oficina del Alto Comisionado a distribuir copias de estas recomendaciones a las instituciones nacionales de derechos humanos solicitando su apoyo en la promoción de los principios contenidos en ellas.

3. Recomendaciones a los pueblos indígenas:

40. Se invita a los pueblos indígenas a proporcionar información y datos al Relator Especial en relación a la administración de justicia, en particular con una referencia especial a la situación de las mujeres y niños y niñas indígenas.

41. Se anima a que los pueblos indígenas realicen contribuciones positivas como promotores de cambios mediante su participación directa, plena y efectiva en los progresos que contribuyan a mejorar los sistemas de administración de justicia en la medida en que afecten a los pueblos indígenas.

4. Recomendaciones a otros actores:

42. En los países donde existan pueblos indígenas, los colegios de abogados deben considerar la promoción de un diálogo con sus miembros indígenas para examinar vías para un mejor entendimiento de los valores, culturas y sistemas legales indígenas dentro de sus asociaciones.

43. Las universidades deben considerar el desarrollo de planes de estudios y de formación sobre derecho y otras disciplinas relacionadas que incluyan elementos sobre jurisdicción y derechos de los indígenas.

44. Se invita a los expertos, participantes y organizaciones indígenas a facilitar la disponibilidad de estas recomendaciones de forma amplia.

45. Los expertos expresaron su agradecimiento a la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos y a la Universidad Nacional de Educación a Distancia por la organización del Seminario, y recomienda que se sigan llevando a cabo este tipo de iniciativas de apoyo al Relator Especial.

ANEXO 4

INFORME DEL RELATOR ESPECIAL SOBRE LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES, DR. RODOLFO STAVENHAGEN. RECOMENDACIONES

69. La grave situación actual de los pueblos indígenas en Guatemala requiere de la atención urgente del Gobierno de Guatemala y la continuada cooperación de la comunidad internacional.

70. A pesar de haberse alcanzado la paz, Guatemala sigue siendo una sociedad profundamente desigual y dividida. El Relator Especial recomienda al Gobierno y la sociedad civil en su conjunto promover una gran campaña pública y nacional en torno al respeto de la diversidad cultural con el objeto de lograr la justicia y la plena participación de los pueblos indígenas.

Recomendaciones al Gobierno

Acuerdos de Paz

71. El Relator Especial recomienda al Gobierno que revise cuidadosamente los progresos alcanzados en el cumplimiento de los Acuerdos de Paz en cuanto afectan a los pueblos indígenas y que tome todas las medidas adecuadas para asegurar su cumplimiento pleno antes de que termine la administración actual.

Participación

72. El Relator Especial recomienda que el Gobierno redoble sus esfuerzos para asegurar la plena participación de los indígenas en los asuntos públicos y que instruya a las autoridades para que tomen medidas apropiadas para asegurar que los indígenas participen en todos los niveles de la administración pública. También recomienda que se tomen medidas para facilitar la participación indígena en los Consejos de Desarrollo,

proporcionando la información y el apoyo financiero necesarios que permitan a los representantes indígenas participar en igualdad de condiciones. En este sentido, son positivos los pasos tomados por el Gobierno para descentralizar el proceso de toma de decisiones pero es preciso redoblar esfuerzos para que éstos sean realmente efectivos.

Tierras

73. El Relator Especial reconoce la importancia fundamental que tiene la tierra para los pueblos indígenas y hace un llamado para que se proporcionen tierras de calidad adecuada a los refugiados retornados, las mujeres indígenas afectadas por el conflicto, y las comunidades que fueron despojadas de sus tierras ilegalmente durante la guerra. Recomienda que se establezca un registro agrario que identifique las tierras comunales indígenas. También recomienda que se dé reconocimiento y apoyo por medidas estatales apropiadas al derecho de los pueblos indígenas a mantener su propio sistema económico, incluyendo la agricultura de subsistencia. Es preciso que el Gobierno decida cumplir plenamente con el Acuerdo sobre Aspectos Socioeconómicos y Agrarios que forma parte de los Acuerdos de Paz.

Justicia

74. El Relator Especial hace un llamado al Gobierno a que proporcione acceso a la justicia para todos y para que en particular tome medidas para asegurar que las áreas habitadas predominantemente por pueblos indígenas puedan beneficiarse con el acceso al sistema judicial. El Gobierno deberá seguir incrementando la cobertura de los operadores de justicia en el área rural y capacitar a los jueces, magistrados y otros operadores de justicia para trabajar en regiones multiétnicas, mediante el diálogo con los pueblos indígenas. El Relator Especial recomienda que en todas las jurisdicciones donde viven pueblos indígenas haya intérpretes jurídicos para ayudar a los pueblos indígenas en asuntos judiciales y administrativos. En especial, debe procurarse que los propios operadores de justicia a todos los niveles conozcan el idioma indígena de la región en la que trabajan. También recomienda que se tomen las medidas legislativas para reconocer y respetar la práctica del derecho indígena y las autoridades legales indígenas.

75. El Relator Especial hace un llamado urgente a que se acabe con la impunidad de quienes son los autores de actos criminales contra defensores y activistas de derechos humanos y de las organizaciones de los pueblos indígenas. También recomienda, junto con otros observadores internacionales, que sea abolida la pena de muerte.

Discriminación

76. El Relator Especial reconoce que la tipificación del delito de discriminación en el Código Penal constituye un avance jurídico, pero recomienda que también sea adoptada una ley específica para combatir la discriminación étnica, racial y de género. Insta al

Gobierno a reconocer la competencia del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Hace un llamado para que el Gobierno redoble esfuerzos para promover el respeto de las variadas culturas que componen la demografía nacional y recomienda que se lance una campaña nacional para promover el multiculturalismo y el respeto a la dignidad de los pueblos indígenas.

Educación

77. La educación como prioridad nacional debe ser fortalecida. La educación bilingüe debe ser extendida a todas las áreas del país y deben prepararse materiales pedagógicos bilingües e interculturales adecuados; también deben establecerse más escuelas normales para la capacitación de maestros bilingües. El Relator Especial recomienda al Gobierno que establezca un cronograma realista, que deberá ser respetado, para extender los servicios educativos a todas las comunidades indígenas y para desarrollar programas educativos afirmativos para adultos indígenas.

Salud

78. El Relator Especial recomienda que todos los servicios de salud y demás servicios básicos sean llevados a la mayor brevedad posible a todas comunidades indígenas y hace un llamado especial para que se realice una distribución más equitativa de los recursos públicos en beneficio de las zonas rurales y particularmente las áreas indígenas. La actual práctica descalificativa de funcionarios públicos hacia las comadronas y guías espirituales debe cesar y se debe impulsar un amplio proceso intercultural en salud, con fines de alcanzar metas no sólo impulsadas por los entes mundiales, sino en la perspectiva de restaurar la dignidad a los pueblos indígenas.

Mujeres indígenas

79. Las mujeres indígenas son discriminadas en tres niveles: como indígenas, como mujeres, y como pobres. El Relator Especial hace un llamado a que se tomen medidas especiales para hacer frente a esta discriminación, tales como mayor apoyo político, legal y económico a la Defensoría de la Mujer Indígena. También recomienda que la Defensoría inicie un diálogo nacional con vistas a identificar las medidas prácticas necesarias y convenientes para mejorar la situación de las mujeres indígenas.

Niños indígenas

79. Considerando la especial vulnerabilidad de los niños indígenas, especialmente los huérfanos y las víctimas de la extrema pobreza, el Relator Especial recomienda que el Gobierno establezca los programas apropiados, en consulta con los pueblos indígenas, para hacer frente a estas desventajas, proporcionar alternativas a la vida en la calle para los niños indígenas y asegurar que puedan beneficiarse de la educación y los servicios

sociales. Entre estos servicios deberá darse prioridad a programas de salud y atención a las madres.

Espiritualidad

80. El Relator Especial, de conformidad con el AIDPI, recomienda que el Gobierno cumpla a la mayor brevedad posible con lo estipulado en torno a la espiritualidad indígena, reconociendo su religión y creencias, asegurando el acceso de los indígenas a todos los sitios sagrados (incluyendo las zonas arqueológicas), así como el acceso a los bosques comunales para la recolección de plantas y otros productos utilizados en ceremonias religiosas, sin traba legal alguna.

Funcionamiento de la acción gubernamental

81. Numerosos problemas que inciden en los derechos humanos de los pueblos indígenas se deben a la falta e insuficiencia de apoyo y financiamiento a los programas estatales que puedan beneficiarlos, por lo que el Relator Especial recomienda a los poderes ejecutivo y legislativo del Estado que den mayor prioridad al financiamiento de actividades que beneficien a los pueblos indígenas.

82. En resumen, estos diversos aspectos podrían ser legislados en forma cabal y comprensiva en una ley sobre derechos de los pueblos indígenas, que incluiría los mecanismos de consulta, tal como lo manda la Constitución en su artículo 70.

► La comunidad internacional

83. El Relator Especial recomienda a las Naciones Unidas y a la comunidad internacional en general que continúen cooperando con el Gobierno en la construcción de una sociedad democrática y justa.

84. El Relator Especial acoge con satisfacción la renovación del mandato de la Misión de Verificación de las Naciones Unidas en Guatemala (A/57/161). Asimismo, recomienda que se elabore junto con el Gobierno y los pueblos indígenas un programa especial que pudiera asistir en las actividades de verificación, información y protección, que sería implementado en cooperación con la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Este programa incluiría la capacitación en materia de derechos humanos de las comunidades indígenas, la facilitación del diálogo entre el Gobierno y las organizaciones indígenas, el fortalecimiento de la capacidad nacional para la verificación de los compromisos sobre derechos indígenas acordados en los Acuerdos de Paz, y el apoyo a la constitución de plataformas para cuerpos representativos indígenas en los niveles regional y nacional.

85. El Relator Especial invita a la comunidad internacional a apoyar estas actividades y a proporcionar ayuda a la Procuraduría de Derechos Humanos, en particular su programa de protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas.

86. El Relator Especial ha tomado nota de la importante iniciativa emprendida por el Grupo de Trabajo entre Organismos sobre Indígenas y Multiculturalidad (GRUTIM) para desarrollar un enfoque común de las Naciones Unidas para los asuntos indígenas y recomienda que sea mantenido y fortalecido este grupo interagencial y que se tomen medidas para asegurar la participación de los pueblos indígenas.

87. El Relator Especial recomienda que el sistema de las Naciones Unidas siga estando disponible para colaborar con los pueblos indígenas en la capacitación de sus propias organizaciones, y que se siga apoyando la conformación del Consejo Nacional Indígena iniciado en junio 2002.

► **Pueblos indígenas**

88. El Relator Especial recomienda que los pueblos indígenas consideren la conveniencia de desarrollar un programa común que constituya un consenso para las prioridades de los pueblos maya, xinca y garífuna, con el objeto de buscar la cooperación de la comunidad internacional para la implementación de un plan nacional de acción para promover los derechos de los pueblos indígenas.

89. El Relator Especial recomienda que los pueblos indígenas busquen consolidar los espacios para el diálogo con la sociedad civil, las comunidades ladinas y otros sectores que también luchan por la vigencia de los derechos humanos y la consolidación democrática. También recomienda que aceleren las gestiones para la creación de un órgano democráticamente constituido que los represente ante el Estado en todos los asuntos que sean de su interés.

► **La sociedad civil**

90. El Relator Especial considera que las diversas instituciones de la sociedad civil - aparte las propias organizaciones indígenas- tienen un papel esencial en la construcción de una sociedad multicultural, justa y democrática. Recomienda a estas instituciones que hagan esfuerzos coordinados para construir diversos espacios e instancias en donde los problemas de la nueva sociedad multicultural puedan ser debatidos ampliamente en el marco del respeto mutuo a diferencias de enfoque, con el objeto de que surja un proyecto consensuado de una nueva sociedad nacional.

91. También recomienda que estas instancias puedan proponer al Poder Legislativo iniciativas de ley que recojan y consoliden los principios y objetivos de los Acuerdos de Paz, y en especial del AIDPI.

92. El Relator Especial recomienda a los partidos políticos que en su seno abran un amplio debate sobre la temática de los derechos humanos y la participación de los pueblos y comunidades indígenas en el quehacer nacional, y que procuren construir una plataforma mínima consensuada de objetivos que conduzcan al fortalecimiento de los derechos humanos y la participación de los pueblos y comunidades indígenas. Además de incluir más candidatos indígenas a puestos de elección popular, los partidos políticos deberán incluir en sus plataformas electorales los puntos básicos que conduzcan hacia la realización de estos objetivos.

► **Medios de comunicación**

93. El Relator Especial desea subrayar la especial responsabilidad de los medios masivos de comunicación en el combate contra la discriminación y el racismo contra los pueblos indígenas. recomienda a estos medios que, en ausencia de una legislación adecuada, adopten medidas de monitoreo y autorregulación para eliminar todo vestigio de racismo y discriminación étnica en sus programas y contenidos, y promuevan activamente la visión de una sociedad nacional multicultural y democrática. El Estado debe cumplir con el compromiso que asumió en el Acuerdo Indígena de facilitar, sin restricciones, medios de comunicación masiva para comunidades y proyectos indígenas.

► **Comunidad académica**

94. El Relator Especial recomienda a las universidades e instituciones de investigación que se aboquen mayormente al estudio de la situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas en todos sus aspectos, con el objeto de proponer soluciones razonadas a sus problemas, así como estrategias de desarrollo y políticas sociales y culturales adecuadas a sus necesidades. recomienda también que se desarrollen políticas institucionales para incluir el mayor número posible de investigadores y profesionales indígenas en estos proyectos y para fomentar cursos y diplomados de capacitación a profesionales indígenas en materia de derechos humanos.

ANEXO 5

RECOMENDACIONES DEL ESTUDIO DEL PROBLEMA DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LAS POBLACIONES INDÍGENAS, POR JOSÉ R. MARTÍNEZ COBO⁶³

VOLUMEN V CONCLUSIONES, PROPUESTAS Y RECOMENDACIONES

10. IGUALDAD EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y ASISTENCIA JURÍDICA

282. A pesar de la consagración cada vez más acentuada de disposiciones relativas a la igualdad ante la ley y la igual protección de las leyes, así como de estipulaciones acerca de la igual administración de justicia para todos, no se encuentra hoy en vigencia efectiva para los indígenas el principio de la igualdad en la administración de justicia.

283. Para cumplir una de las funciones básicas del idioma oficial, éste se usa en todas las actuaciones en los tribunales de justicia. En consecuencia, tanto en los tribunales como fuera de ellos, en la relación cliente abogado se necesitan en esas circunstancias, por razones de equidad, los servicios de interpretación y de traducción cuando el interesado no conozca suficientemente el idioma oficial.

284. En todos los países estudiados en relación con estas materias se hacen consecuentemente arreglos para que se pueda utilizar el idioma que entiende y en el que sabe expresarse con adecuada suficiencia el acusado, litigante, testigo o experto que conoce insuficientemente el idioma oficial. En pocos países se hacen los arreglos correspondientes para hacer factible la comunicación adecuada entre el abogado y su cliente, que es tan necesaria para la actuación ante los tribunales y la preparación de los alegatos y las pruebas pertinentes, así como durante las audiencias y en las actuaciones de prueba que requieren su intervención.

⁶³ Relator Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, nombrado según resolución 8 (XXIV), de 18 de agosto de 1971, para que llevara a cabo el estudio. El mismo fue realizado en diferentes países desde 1973 hasta 1980. El informe final fue entregado en 1984 después de revisiones de la Subcomisión a los informes preliminares.

285. En la mayoría de los países se sigue comprobando una situación de desventaja, si bien cada vez menos acentuada, todavía subsistente de manera seria que afecta a los indígenas en estas situaciones. A menudo la prestación de esos servicios se prevé sólo para los casos penales; si se hace para otros procedimientos, se deja a la capacidad económica de las partes interesadas el procurarse esos vitales servicios.

286. Además, mientras que es relativamente fácil obtener los servicios eficientes de intérpretes a lenguas extranjeras que se enseñan sistemáticamente en las instituciones pertinentes, no sucede lo mismo con los idiomas indígenas que no gozan de esa enseñanza sistemática. Además, en los centros urbanos de importancia, están al alcance de los interesados los servicios de los funcionarios consulares respectivos que se prestan incluso gratuitamente a los nacionales del país de que se trate.

287. Existen también los factores de diferencias culturales que son importantes y fundamentales en esta materia.

288. Las relaciones entre el abogado y su cliente o defendido se dificultan también en forma importante cuando no se entienden éstos entre sí debido a la diferente apreciación y valoración que tienen de los elementos que se presentan en casos concretos. A veces no logran entenderse al discutir acerca de los aspectos que parecen pertinentes o de la mayor importancia relativa que deba atribuirse a los diversos aspectos pertinentes.

289. No se tuvo noticia de esfuerzos sistemáticos para dar a los estudiantes de derecho ni a los abogados si quiera una instrucción de iniciación en las normas del derecho consuetudinario indígena que existan en los países, por lo que los profesionales del derecho no tienen ninguna formación en estas materias.

290. Básicamente debe señalarse a este respecto que en la administración de justicia se da muy poca vigencia, o ninguna absolutamente, al derecho consuetudinario tradicional indígena y se aplica el derecho que corresponde a los sectores predominantes de la población. Esto en sí significa la imposición a los indígenas de un sistema jurídico que les es extraño y al cual nunca se han sometido voluntariamente, habiendo conservado vigente en la práctica su sistema jurídico consuetudinario que ha sido generado históricamente por ellos mismos.

291. Ha de señalarse, sin embargo, que en algunos sistemas jurídicos se prevé el nombramiento de jueces indígenas o asesores especiales en derecho indígena que se integren a los tribunales en los casos pertinentes.

292. En las áreas en que hay fuerte presencia numérica de la población indígena, procederá el establecimiento de tribunales mixtos o de tribunales indígenas o el reconocimiento de los tribunales indígenas que funcionan en esas áreas.

293. Se ha informado que en todos los países, aunque en medida distinta de una región a otra, existe una falta de comprensión entre los indígenas y los funcionarios de policía y otros encargados de la ejecución de las leyes y que a menudo esto se interpreta como definida animadversión de parte de los funcionarios.

294. A este respecto también se ha señalado que el número de reclusos indígenas en cárceles y penitenciarías así como en establecimientos de detención de otro tipo excede mucho del de los otros sectores de la población.

295. Sobre este particular se ha indicado que en varios países se han propiciado juntas, seminarios y mesas redondas de discusión entre los indígenas y esos funcionarios a fin de buscar fórmulas de mejor entendimiento. En esos países también se ha promovido el ingreso de los indígenas a las profesiones y funciones de policía y de ejecución de las leyes, así como a las de funcionarios auxiliares de los anteriores y a las diversas modalidades de la asistencia social.

296. También se ha estimulado la formación de asociaciones mixtas de indígenas y no indígenas para vigilar el comportamiento de los funcionarios y los integrantes de las comunidades indígenas en estos respectos.

297. En todos los sistemas jurídicos hay una u otra forma de asistencia jurídica a los habitantes del país que necesitan hacer gestiones administrativas o judiciales. Algunos países han establecido sistemas de ayuda judicial que implican los servicios jurídicos propiamente dichos y la asistencia económica y social necesaria para actuar con cierta igualdad ante la administración de justicia y ante la administración pública.

298. Los planes y programas que se han establecido en muchos países incluyen los servicios de abogado que se proporcionan gratuitamente o a precio reducido y la exención o reducción de gastos y costas judiciales. En numerosos sistemas esto sólo se obtiene cuando se prueba indigencia o extrema dificultad económica para sufragar los gastos y costas pertinentes. En otros se da asistencia a toda persona necesitada de ella, difiriéndose o excluyéndose el cobro que corresponda en caso de incapacidad o dificultad comprobadas.

299. Hay sistemas en los que las escuelas de derecho mantienen uno o más «bufetes populares» en los centros urbanos pertinentes para dar asistencia jurídica gratuita a los necesitados de la misma y proporcionar a los estudiantes de derecho la oportunidad de obtener la experiencia y la práctica necesarias al encargarse de casos concretos bajo la guía y la vigilancia de los profesores universitarios del derecho procesal y del derecho sustantivo que corresponda, según el caso (civil, comercial, penal, administrativo, etc.).

300. Las dificultades lingüísticas y culturales a que se ha hecho referencia antes aparecen nuevamente como pertinentes al estudiar los arreglos de asistencia jurídica que existan en los diversos sistemas.

301. Una de las formas más directas y sencillas de superar esas dificultades y esos problemas lingüísticos y culturales es propiciar y subvencionar programas de preparación de abogados indígenas. En algunos países hay planes y programas de preparación de estudiantes indígenas para su ingreso aventajado en las facultades de derecho y su acceso a las mejores escuelas de derecho de esos países. En los Estados Unidos y en el Canadá hay programas de este tipo que han obtenido un éxito claro y creciente en esta preparación «prejurídica», como la llaman.

ANEXO 6

ACUERDO SOBRE IDENTIDAD Y DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS⁶⁴

IV. DERECHOS CIVILES, POLÍTICOS, SOCIALES Y ECONÓMICOS

F. DERECHOS RELATIVOS A LA TIERRA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

1. Los derechos relativos a la tierra de los pueblos indígenas incluyen tanto la tenencia comunal o colectiva, como la individual, los derechos de propiedad, de posesión y otros derechos reales, así como el aprovechamiento de los recursos naturales en beneficio de las comunidades, sin perjuicio de su hábitat. Es necesario desarrollar medidas legislativas y administrativas para el reconocimiento, titulación, protección, reivindicación, restitución y compensación de estos derechos...
3. Sin embargo, la situación de particular desproporción y despojo de las tierras comunales o colectivas indígenas merece una atención especial en el marco del presente acuerdo. La Constitución de la República establece la obligación del Estado de dar protección especial a las tierras de cooperativas, comunales o colectivas; reconoce el derecho de las comunidades indígenas y otras a mantener el sistema de administración de las tierras que tengan y que históricamente les pertenezcan; y contempla la obligación del Estado de proveer de tierras estatales a las comunidades indígenas que las necesiten para su desarrollo.

Reconociendo la importancia especial que para las comunidades indígenas tiene su relación con la tierra, y para fortalecer el ejercicio de sus derechos colectivos sobre la tierra y sus recursos naturales, el Gobierno se compromete a adoptar directamente, cuando es de su competencia, y a promover, cuando es de la competencia del Organismo Legislativo o de las autoridades municipales, las medidas abajo mencionadas, entre otras, que se aplicarán en consulta y coordinación con las comunidades indígenas concernidas.

⁶⁴ Firmado entre el Gobierno de Guatemala y la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca en México D.F., el 31 de marzo de 1,995.

Regularización de la tenencia de la tierra en las comunidades indígenas:

5. El Gobierno adoptará o promoverá medidas para regularizar la situación jurídica de la posesión comunal de tierras por las comunidades que carecen de títulos de propiedad, incluyendo la titulación de las tierras municipales o nacionales con clara tradición comunal. Para ello, en cada municipio se realizará un inventario de la situación de tenencia de la tierra.

Tenencia de la tierra y uso y administración de los recursos naturales:

6. El Gobierno adoptará o promoverá las medidas siguientes:
 - i) reconocer y garantizar el derecho de acceso a tierras y recursos que no estén exclusivamente ocupados por las comunidades, pero a las que éstas hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia (servidumbre, tales como paso, tala, acceso a manantiales, etc., y aprovechamiento de recursos naturales), así como para sus actividades espirituales;
 - ii) reconocer y garantizar el derecho de las comunidades de participar en el uso, administración y conservación de los recursos naturales existentes en sus tierras;
 - iii) obtener la opinión favorable de las comunidades indígenas previa la realización de cualquier proyecto de explotación de recursos naturales que pueda afectar la subsistencia y el modo de vida de las comunidades. Las comunidades afectadas deberán percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de estas actividades; y
 - iv) adoptar, en cooperación con las comunidades, las medidas necesarias para proteger y preservar el medio ambiente.

Restitución de tierras comunales y compensación de derechos

7. Reconociendo la situación de particular vulnerabilidad de las comunidades indígenas, que han sido históricamente las víctimas de despojo de tierras, el Gobierno se compromete a instituir procedimientos para solucionar las reivindicaciones de tierras comunales formuladas por las comunidades, y para restituir o compensar dichas tierras. En particular, el Gobierno adoptará o promoverá las siguientes medidas:
 - i) suspender las titulaciones supletorias para propiedades sobre las cuales hay reclamos de derechos por las comunidades indígenas;
 - ii) suspender los plazos de prescripción para cualquier acción de despojo a las comunidades indígenas; y
 - iii) sin embargo, cuando los plazos de prescripción hayan vencido anteriormente, establecer procedimientos para compensar a las comunidades despojadas con tierras que se adquieran para el efecto.

Protección jurídica de los derechos de las comunidades indígenas

9. Para facilitar la defensa de los derechos arriba mencionados y proteger las comunidades eficazmente, el Gobierno se compromete a adoptar o promover las siguientes medidas:
- i) el desarrollo de normas legales que reconozcan a las comunidades indígenas la administración de sus tierras de acuerdo con sus normas consuetudinarias;
 - ii) promover el aumento del número de juzgados para atender los asuntos de tierra y agilizar procedimientos para la resolución de dichos asuntos; ...
 - v) proveer gratuitamente el servicio de intérpretes a las comunidades indígenas en asuntos legales,

ANEXO 7

PREVENCIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN Y PROTECCIÓN A LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y LAS MINORÍAS⁶⁵

67. Por otra parte, el proceso de domesticación de las cuestiones indígenas debe situarse en el contexto de la independencia/descolonización de los países latinoamericanos, africanos, asiáticos y del Pacífico (que difieren en gran medida), pues ello plantea un nuevo problema muy oportuno, es decir el de la pertinencia del concepto de "indigenidad" haciendo referencia a todos los casos posibles de "pueblos oprimidos por el Estado", incluidas las "minorías" en el contexto particular de los actuales Estados africanos, asiáticos y del Pacífico.

68. En estos últimos países, la era de la descolonización trajo consigo cambios radicales en el concepto del calificativo "indígena". Este era el resultado de un nuevo contexto político cuyo símbolo más perceptible era la emergencia, de acuerdo con el derecho internacional contemporáneo, de gran número de nuevos Estados. Así, desde el punto de vista conceptual, el Relator Especial considera necesario restablecer una clara distinción entre poblaciones indígenas y minorías nacionales o étnicas. Por supuesto no se ha de considerar que esta diferenciación implica un defecto de reconocimiento de los derechos colectivos de esas minorías como sociedades diferentes.

69. A ese respecto debe advertirse que en 1991, cuando comenzó este trabajo y se estaban estableciendo las directrices para el conjunto de la investigación, el Relator Especial decidió hacer una distinción estricta entre "minorías" y "poblaciones indígenas" (22). Además no debe olvidarse que, de acuerdo con los criterios que adoptara en 1995 en lo que respecta a su plan de trabajo futuro, "el énfasis del estudio debe centrarse, en su fase final, en casos y situaciones en que la categoría "pueblos indígenas" está ya indubitablemente establecida desde un punto de vista histórico y actual" (23).

⁶⁵ Extracto del documento de trabajo sobre la discriminación contra los pueblos indígenas presentado por la Sra. Erica Irene Daes, de conformidad con la resolución 1999/20 de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos. COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS. 53º período de sesiones. Tema 5 del programa provisional*

70. Años de investigaciones y reflexión en distintos niveles del sistema de las Naciones Unidas, en particular por la Comisión de Derechos Humanos y su Subcomisión, no han permitido obtener una definición generalmente aceptada del término "minoría", ni de los calificativos que con frecuencia se le asocian, como "étnica" o "nacional".

71. Por otra parte, la importancia de la "definición de trabajo" de "pueblos indígenas" formulada por el Relator Especial José Martínez Cobo en la última parte de su estudio, radica en el hecho de que sus conclusiones han sido reconocidas por la Comisión y sus órganos subsidiarios como "una base de trabajo aceptable".

75. Y sin embargo, las poblaciones indígenas conceden precisamente una importancia considerable al reconocimiento, promoción y garantía de sus derechos colectivos, es decir de sus derechos como grupos sociales. Del mismo modo, tratan de conseguir que se establezcan mecanismos internacionales para la resolución de conflictos con las autoridades estatales, en particular en relación con los derechos reconocidos o adquiridos gracias a instrumentos que gozan de reconocimiento internacional, como los tratados.

76. Por consiguiente, el Relator Especial ha expresado la opinión de que los pueblos indígenas, aunque puedan constituir minorías numéricas en los muchos países donde están viviendo, no son "minorías" en el sentido en que se utiliza en las Naciones Unidas y con miras a una posible acción práctica por parte de la Organización (24). Del mismo modo, una minoría nacional o étnica no se ha de considerar como una "población indígena" en el contexto de las Naciones Unidas.

77. Merece señalarse que la política de las Naciones Unidas a este respecto está ya bien establecida; en particular desde 1994 cuando se creó el Grupo de Trabajo sobre Minorías dentro del marco de la Subcomisión y por decisión del Consejo Económico y Social a recomendación tanto de la Comisión como de la propia Subcomisión (25).

177. Es preciso tener en cuenta que, de acuerdo con toda la información disponible, los términos "indígena", "nativo", "mitayo", "indio", "poblaciones autóctonas" y otros similares no están extraídos del léxico de aquellos a los que hoy en día llamamos "pueblos indígenas", sino del vocabulario utilizado por los "descubridores/conquistadores/colonizadores" y sus descendientes, para diferenciarse de los primeros estableciendo una relación de superioridad/inferioridad con respecto a los habitantes originales de los nuevos territorios que se iban agregando a las coronas europeas.

178. Naturalmente los primeros encuentros tuvieron distintas características. Algunos de ellos estaban regidos únicamente por la lógica de la fuerza bruta. Hemos de recordar que la espada -eficazmente respaldada por la cruz- ha sellado durante más de 500 años el destino de decenas de millones de los habitantes originales de América Latina y el Caribe y de sus descendientes.

179. El derecho emanante de la fuerza e impuesto como instrumento de políticas de asimilación/marginalización constituyó además la base de unas relaciones bilaterales "asimétricas" entre las poblaciones indígenas y los criollos establecidos en las nuevas repúblicas latinoamericanas después de haberse independizado de España y Portugal. La victoria de Ayacucho significó poco o nada para los habitantes originales, que simplemente se encontraron bajo el dominio de nuevos dictadores.

180. Esta ha sido en general la situación en la región latinoamericana, tanto en los países que habían sido totalmente colonizados antes de su independencia como en aquellos en que quedó en manos de la nueva república, por ejemplo, en Argentina y en Chile, el completar el dominio de la población indígena, lo que también se hizo por la fuerza en todos los territorios de los nuevos Estados.

214. La constante reducción (o la total desaparición) de la base territorial de algunos pueblos indígenas no sólo influyó sobre su capacidad de supervivencia como pueblos sino que además dio origen al aspecto más fundamental de la "cuestión indígena" en su contexto actual, la del derecho de esos pueblos al uso, disfrute, conservación y transmisión a generaciones futuras de sus tierras ancestrales; en paz y sin interferencias exteriores, y de acuerdo con sus propios usos, costumbres y normas de la vida social. Más adelante se volverá a tratar esta cuestión.

215. Una vez completado el trabajo de los conquistadores/colonizadores iniciales o de sus sucesores, el proceso colonial fue avanzando hacia la desposesión gradual o rápida de las tierras indígenas.

217. A este respecto debe ponerse de relieve que para esos pueblos su tierra (en la que vivieron o en la que viven hoy en día) detenta valores espirituales y materiales únicos. Contiene para ellos los elementos esenciales de su cosmogonía. Es su fuente última de vida y sabiduría. Creen en el disfrute colectivo de lo que esa tierra da; en la inalienabilidad de algo que no "poseen" sino que "preservan" para las generaciones futuras. Desempeñan un papel irremplazable en sus prácticas religiosas. En resumen, consideran que la tierra era y es algo totalmente distinto de cualquier cosa que hayan importado los nuevos habitantes y sus sucesores, cuyos criterios, lógicamente, son eco (aunque no siempre fiel) de los valores predominantes de sus sociedades respectivas.

218. En líneas generales los recién llegados y sus sucesores conceptualizaron (y conceptualizan) la tierra como un valor esencialmente patrimonial, objeto de una apropiación individual exclusiva (y, como tal, transmisible a otras personas según el deseo del titular), fuente de riqueza material y base de poder político y económico.

223. Otro método de despojo frecuentemente empleado cuando no se habían concertado instrumentos jurídicos de ningún tipo fue el de aprovechar la incapacidad de las poblaciones indígenas (o de algunas personas) a mostrar "títulos de propiedad" que pudieran considerarse válidos de acuerdo con las nuevas leyes no indígenas. De esta forma las tierras ancestrales eran vulnerables a la captación por individuos no indígenas que poseyesen tales documentos (adquiridos por los más diversos medios, con gran frecuencia muy poco honorables) o por las autoridades centrales o locales que los reclamaban como propiedad pública (o como tierras de la Corona o tierras federales) sujetas a su jurisdicción.

235. Las poblaciones indígenas presenciaron además la destrucción de muchas de las manifestaciones de su patrimonio histórico-cultural, así como la profanación de sus cementerios y otros rituales sagrados. Sus tesoros arqueológicos e incluso los huesos de sus antecesores aún se exhiben en muchos museos no indígenas del mundo entero, pese a los esfuerzos realizados por recuperarlos, a las leyes nacionales promulgadas para protegerlos y a las protestas de numerosas organizaciones internacionales.

236. Sobre los escombros de templos derribados se elevan impresionantes catedrales u otras manifestaciones de la nueva cultura. Además, en estos últimos años el Relator Especial ha recibido informaciones fidedignas referidas a dos intentos por lo menos de crear campos de golf en tierras de reconocido valor religioso para las poblaciones indígenas.

237. En bastantes ocasiones y durante largos períodos, las costumbres de las poblaciones indígenas, sus ceremonias y sus prácticas religiosas simplemente se prohibieron radicalmente. Además en muchos casos y por diversas razones se les impidió el acceso a lugares donde, según sus tradiciones, deberían tener lugar esas prácticas y ceremonias. En una u otra de esas situaciones se vieron forzados o bien a celebrarlas clandestinamente arriesgándose a rigurosas sanciones (como es el caso de la danza del sol en Norteamérica) o (como sucedía con los esclavos acarreados desde África hasta el Caribe y Brasil) a disfrazarlas ingeniosamente en una liturgia extraña, como la de la religión católica, fenómeno que ha sido común en América Latina.

238. Sus instituciones y sus culturas fueron consideradas por los sectores no indígenas como "inferiores", "arcaicas" o "ineficaces y poco prácticas". Estos juicios negativos fueron difundidos cotidianamente y universalmente por los más diversos métodos (publicaciones "científicas" o simplemente de boca a oreja) y rápidamente pasaron a ser la "idea dominante" de grandes sectores del mundo político y académico, así como de enormes segmentos de la población en general de las sociedades multinacionales en las que siguen viviendo las poblaciones indígenas.

252. La primera de las conclusiones generales se refiere al tema del reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas a sus tierras y a sus recursos, así como a proseguir sin trabas en esas tierras sus actividades

económicas tradicionales. Este es el principal tema que habrá de plantearse siempre que se trate de establecer una relación más sólida, equitativa y duradera entre los sectores indígenas y no indígenas de sociedades multinacionales. Dadas las relaciones especiales, espirituales y materiales, que mantienen con sus tierras, el Relator Especial cree que a este respecto apenas se progresará o no se progresará en absoluto si no se enfrenta, resuelve y arregla -de una forma aceptable para los pueblos indígenas afectados- la cuestión del despojo continuo que se les ha hecho de este recurso, vital para su supervivencia.

254. Otra conclusión, estrechamente relacionada con la anterior, es que no sólo la cuestión del derecho a la tierra sino, en general, toda la problemática indígena y su posible solución general no pueden plantearse únicamente sobre la base de un razonamiento jurídico. Los problemas con que se enfrenta un número considerable de Estados multinacionales son, ante todo, de carácter político. Por consiguiente, si se quiere que estos problemas puedan resolverse mediante estrategias nuevas y que miren al futuro se necesitará una voluntad política considerable de todas las partes interesadas, pero en particular de los líderes políticos no indígenas de los Estados modernos. Los debates y argumentos jurídicos se desarrollan durante demasiado tiempo, exigen importantes recursos (que la parte indígena casi nunca posee o sólo tiene en cantidad limitada) y, en muchos casos, sufren de los prejuicios propios de siglos de una lógica esclerosada. Además, la urgencia de los problemas que se plantean en los albores del siglo XXI no deja tiempo suficiente para que se desarrollen los debates jurídico-filosóficos que mantuviesen en el siglo XVI Las Casas y Sepúlveda.

255. El Relator Especial está plenamente convencido de que la problemática indígena general actual tiene asimismo un carácter ético. Cree que la humanidad ha contraído una deuda hacia las poblaciones indígenas por los daños que históricamente les ha causado. Por consiguiente, por razones de equidad y de justicia histórica es preciso compensarles por esos daños. Se da perfecta cuenta de la imposibilidad práctica de retrotraer el mundo a la situación que existía cuando se produjeron los primeros encuentros entre pueblos indígenas y no indígenas, hace cinco siglos. No es posible deshacer todo lo que se hecho (positivo o negativo) durante ese tiempo, pero tampoco puede rechazarse el imperativo ético de compensar los daños causados, tanto espiritual como materialmente, a los pueblos indígenas, incluso si ello ha de hacerse a expensas de forzar la rigidez impuesta por el respeto al "imperio de la ley" (no indígena).

262. En su razonamiento llega además a la conclusión de que en los medios indígenas está muy extendido el deseo de que se establezca (o restablezca) un nuevo y diferente tipo de relación, más sólida, pero muy distinta de la relación conflictiva y con frecuencia amarga que hasta ahora se ha mantenido con el sector no indígena de la sociedad en los países donde coexisten. A juicio de los pueblos indígenas, esto sólo podrá conseguirse o

bien mediante el respeto total a los documentos jurídicos mutuamente acordados existentes que rigen esa relación (y con una estructuración común de sus disposiciones), o mediante nuevos instrumentos negociados con la plena participación de los pueblos indígenas. Esta idea es también la de los oficiales gubernamentales competentes de cierto número de países, entre los que figuran Canadá, Nueva Zelandia y **Guatemala**.

ⁱ Con arreglo al artículo 2: "En el caso de que el Estado las admita, las situaciones siguientes no serán consideradas como constitutivas de discriminación en el sentido del artículo 1 de la presente Convención:

- a) La creación o el mantenimiento de sistemas o establecimientos de enseñanza separados para los alumnos de sexo masculino y para los de sexo femenino, siempre que esos sistemas o establecimientos ofrezcan facilidades equivalentes de acceso a la enseñanza, dispongan de un personal docente igualmente calificado, así como de locales escolares y de un equipo de igual calidad y permitan seguir los mismos programas de estudio o programas equivalentes;
- b) La creación o el mantenimiento, por motivos de orden religioso o lingüístico, de sistemas o establecimientos separados que proporcionen una enseñanza conforme a los deseos de los padres o tutores legales de los alumnos, si la participación en esos sistemas o la asistencia a estos establecimientos es facultativa y si la enseñanza en ellos proporcionada se ajusta a las normas que las autoridades competentes puedan haber fijado o aprobado, particularmente para la enseñanza del mismo grado;
- c) La creación o el mantenimiento de establecimientos de enseñanza privados, siempre que la finalidad de esos establecimientos no sea la de lograr la exclusión de cualquier grupo, sino la de añadir nuevas posibilidades de enseñanza a las que proporciona el poder público, y siempre que funcionen de conformidad con esa finalidad, y que la enseñanza dada corresponda a las normas que hayan podido prescribir o aprobar las autoridades competentes, particularmente para la enseñanza del mismo grado".