

LOS SISTEMAS JURÍDICOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS DE GUATEMALA: UNA PROPUESTA DESDE EL POSITIVISMO DE HART

REBECA CARPI MARTÍN*

SUMARIO: I. SENTIDO Y FINALIDAD DE ESTE TRABAJO. II. PRECISIÓN TERMINOLÓGICA: LA DENOMINACIÓN DE «PUEBLOS INDÍGENAS». III. EL MODELO HARTIANO DE SISTEMA JURÍDICO Y SU APLICACIÓN A LOS PUEBLOS INDÍGENAS DE GUATEMALA: 1. Los elementos esenciales del sistema jurídico en Hart: a) Descripción del concepto básico y superación de los inconvenientes iniciales. b) Rastreo de las tipologías normativas de Hart en las reglas de los pueblos indígenas. 2. Eficacia: test de vigencia de un sistema potencialmente válido. IV. LA INTEGRACIÓN DE LAS NORMAS INDÍGENAS EN EL SISTEMA JURÍDICO GUATEMALTECO. V. A MODO DE CONCLUSIÓN: INCUMPLIMIENTO DE LOS MANDATOS CONSTITUCIONALES SOBRE COMUNIDADES INDÍGENAS Y QUIEBRA DEL ESTADO DE DERECHO.

I. SENTIDO Y FINALIDAD DE ESTE TRABAJO

El título de este artículo puede resultar, a primera vista, extraño. Lo lejano y desconocido en nuestro entorno cultural y jurídico de los sujetos y el objeto que lo protagonizan permiten incluso tacharlo de extravagante, por inusual y distinto. Siendo cierto lo anterior, también lo es que calificar algo de extravagante no prejuzga su utilidad y conveniencia, que sólo tras su lectura pueden valorarse, pero sí obliga a exponer con especial esmero y detalle los motivos que han conducido a su elección como tema de análisis.

* Profesora de Derecho Civil y Derecho Comparado. Facultad de Derecho ESADE. Universidad Ramón Llull.

Y el tema es, en resumen, la contemplación de las normas propias de los pueblos indígenas de Guatemala a la luz del modelo de sistema jurídico diseñado por HART, a fin de determinar si merecen ser llamadas y tratadas, de acuerdo con ese modelo, como Derecho.

¿Por qué?

El porqué es complejo y requiere ser segmentado: porqué los pueblos indígenas de Guatemala, porqué HART y no otro modelo de sistema jurídico.

Para la primera cuestión no hay respuesta única. Circunstancias diversas me llevaron a Guatemala y al contacto con sus pueblos indígenas, y por mi formación y vivencia dentro de un contexto jurídico plural, el de Cataluña en España, fue fácil comprender que en un país como Guatemala conviven una variedad de pueblos, con su consiguiente pluralidad lingüística y jurídica. La experiencia vital en un entorno como el de la España actual, diverso y complejo desde las perspectivas social, económica, política, lingüística, jurídica y, en definitiva, cultural, me han predispuesto a concebir con naturalidad la existencia de fenómenos parecidos en los que la diversidad cultural y jurídica puedan hallarse presentes. Desde ahí se explica, para comenzar, el interés o curiosidad por la diversidad de pueblos indígenas de Guatemala y sus normas jurídicas, y el impulso inicial para la indagación sobre este asunto. Impulso alimentado, a continuación, por la constatación de que el debate sobre tales normas parece encontrarse atrapado actualmente en un círculo vicioso.

De un lado, en un amplio sector de la sociedad guatemalteca que incluye a las clases sociales dominantes, se encuentra más que asentada la convicción de que es suficiente el actual grado de reconocimiento que a nivel constitucional¹ (arts. 66, 70 44 y 46 de la Constitución de Guatemala) reciben los derechos colectivos de las comunidades indígenas². Lo escueto de ese reconocimiento va acompañado de la creencia, además, de que las normas propias de tales comunidades no pasan de ser un elemento cultural más que no alcanza la categoría de «Derecho» si aplicamos parámetros actualmente consolidados sobre lo que es un sistema jurídico y, por ello, no forman parte del sistema jurídico guatemalteco. De otro lado, las reacciones ante esa posición un tanto imperturbable, que proceden frecuentemente de voces significativas en el plano internacional³, insisten en mantener las alarmas ante lo que consi-

¹ Artículos 66 y 70 y 44 y 46 de la Constitución de Guatemala, aprobada el 31 de mayo de 1985 y reformada en profundidad en 1994.

² Los preceptos constitucionales que tratan esta cuestión se analizan en los apartados IV y V de este trabajo.

³ Como la del Relator Especial de NU sobre Pueblos Indígenas, Rodolfo STAVENHAGEN, en su informe de abril de 2004 a la Comisión de Derechos Humanos sobre los derechos humanos y las cuestiones indígenas, en el que el Relator Especial recomienda que «los Estados realicen estudios exhaustivos y, de ser

deran una vulneración sistemática del derecho al reconocimiento de las normas propias⁴. Se evidencia enseguida la dificultad de hallar puntos de conexión entre unos y otros, dada la diferente perspectiva que adoptan en la valoración de esta cuestión. Mientras que los primeros esgrimen argumentos de naturaleza jurídico-positiva, y desde ellos entienden que no puede ampliarse el reconocimiento y vigencia de tales normas por carecer de naturaleza jurídica, los segundos aportan razones de carácter ético-ideológico, al afirmar la legitimidad de los pueblos afectados para vivir de acuerdo con sus propias normas. Al tratarse de planos de discusión esencialmente distintos, el debate parece condenado a mantenerse en un constante nivel de desencuentro.

Me pareció que, por mi condición de jurista, la búsqueda de soluciones ante esa situación de estancamiento en la discusión pasaba por la reflexión centrada en los argumentos jurídicos que se han empleado como decisivos en una de las posiciones enfrentadas, a fin de contrastar su veracidad y profundizar en sus matices. Eso me llevó a plantear como hipótesis de partida el interrogante sobre la negación que sirve de fundamento a la posición mantenida desde el Estado guatemalteco: ¿son o no son

necesario, introduzcan reformas en sus sistemas de justicia para proteger mejor los derechos de los pueblos indígenas. El Relator Especial invita a la Comisión de Derechos Humanos a tratar de esta cuestión con los Estados Miembros. Las reformas deberían comprender el respeto de las costumbres jurídicas, el idioma y la cultura indígenas en los tribunales y en la administración de justicia; la plena participación de los indígenas en la reforma de la justicia; y el establecimiento de mecanismos de justicia alternativos». Refiriéndose de modo específico a Guatemala, la MINUGUA afirmó en su informe de verificación de septiembre de 2001 que «La discriminación que afecta a los pueblos indígenas en Guatemala en relación con la prestación de servicios de justicia tiene dos dimensiones: las dificultades de acceso a la justicia estatal y la falta de reconocimiento de sus propios sistemas normativos. Es en este sentido que el AIDPI señala que *«tanto el desconocimiento por parte de la legislación nacional de las normas consuetudinarias que regulan la vida comunitaria indígena como la falta de acceso que los indígenas tienen a los recursos del sistema jurídico nacional han dado lugar a negación de derechos, discriminación y marginación»*. Los compromisos en este ámbito son: 1) promover y desarrollar normas legales que reconozcan a las comunidades indígenas el manejo de sus asuntos internos de acuerdo con su normatividad jurídica propia; 2) incluir el peritaje cultural; 3) desarrollar un programa permanente para jueces y agentes del Ministerio Público sobre la cultura y rasgos de identidad de los pueblos indígenas; 4) impulsar servicios de asesoría jurídica gratuita para personas de bajos recursos económicos y 5) poner gratuitamente a disposición de las comunidades indígenas intérpretes judiciales, asegurando que se aplique rigurosamente el principio que nadie puede ser juzgado sin haber contado con el auxilio de interpretación en su idioma» («Los pueblos indígenas de Guatemala: la superación de la discriminación en el marco de los acuerdos de paz», Informe de Verificación MINUGUA [Misión de Verificación de Naciones Unidas para Guatemala], septiembre de 2001, p. 15).

⁴ Para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos «los avances que se han producido en el reconocimiento del derecho indígena son iniciales y la mayoría se ha limitado al ámbito académico sin que hasta la fecha se compruebe la voluntad política de analizar y reconocer el derecho que en la práctica vienen ejerciendo los pueblos indígenas en Guatemala por siglos. Como fue expresado en el capítulo respectivo, el acceso a la justicia de todos los habitantes de la sociedad es vital para el fortalecimiento de la democracia y la vigencia del Estado de Derecho. La protección de los derechos de los pueblos indígenas y sus miembros requiere la adopción de medidas específicas por parte del Estado para asegurar un efectivo acceso a la justicia. En este sentido, la Comisión insta al Estado a fomentar el reconocimiento del derecho indígena respetando las normas internacionales de los derechos humanos, y a adoptar medidas efectivas que permitan un mejor y mayor acceso a la justicia por parte de todas las personas guatemaltecas» (*Justicia e inclusión social: los desafíos de la democracia en Guatemala*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, diciembre 2003, párrafo 240).

jurídicas las normas de los pueblos indígenas? Según decía, se excluye su reconocimiento como normas integrantes del sistema jurídico de Guatemala alegando su naturaleza extrajurídica. Se tratará pues de confirmar o rechazar tal postulado, desde una indagación jurídica, a fin de reforzar o descartar tal argumento. La finalidad perseguida, con ello, será la de contribuir al enriquecimiento de tan polémico asunto, abriendo nuevas posibilidades a un diálogo en el que los términos de la discusión, ya jurídicos, ya ideológicos, se relacionen de modo coherente.

Aclarado el por qué del análisis de esta cuestión, aún queda por aclarar el cómo de ese análisis, que toma como premisa y modelo de referencia el concepto de Derecho diseñado por HART. ¿Por qué el modelo de HART?

La duda, en torno a la calificación como jurídicas o no, obliga a pensar qué rasgos definen a una norma como jurídica y, en definitiva, qué es Derecho y qué no lo es. Resolver la cuestión no es fácil, y no parece que desde la ciencia jurídica, inexacta, se pueda llegar a conclusiones indiscutibles. El abanico de posibilidades es amplio y sobra decir que el de Derecho no es un concepto unívoco ni exacto⁵. Y supuesto ese carácter inconcluso de la ciencia, y en aras de la utilidad de sus resultados, resulta imprescindible, a la hora de definir algo tan discutible como el concepto de Derecho⁶, que las propuestas a realizar se asienten en fundamentos de cierta solidez conceptual. En la preocupación por lograr esa solidez se explica, de una parte, la elección, como fundamento teórico del concepto de Derecho en este trabajo, del articulado por HART⁷. Es precisamente el concepto elaborado por este autor, una vez superado el positivismo de KELSEN⁸ en el ámbito de conocimiento de teoría general y de la filosofía del Derecho⁹, el que aún sirve como pauta de referencia en las contemporáneas

⁵ Como pone de relieve ATIENZA, M. «(c)ontestar a la pregunta «qué es el Derecho» ha traído por la calle de la amargura a no pocos juristas» (*El sentido del Derecho*, 2ª ed., p. 33).

⁶ Más aún al referirlo a normas cuya juridicidad ha sido tan cuestionada como la del Derecho de los pueblos indígenas. Para muestra, los diversos enunciados respecto a lo que significa el término «Derecho Maya» que recoge la obra *Del monismo al pluralismo jurídico en Guatemala*, AA.VV., [coordinada por J. Gómez], Guatemala, 2003, pp. 48 y siguientes.

⁷ Para HART, H. L. A. (*El concepto de Derecho*, 2ª ed. [reimp.], Oxford, 1995, [traducción de G. Carrió, Buenos Aires], pp. 113 y ss.), existe sistema jurídico cuando, junto las normas primarias o de obligación, existen las reglas secundarias, que vienen a subsanar los tres principales defectos de las reglas primarias existentes en toda comunidad primitiva. Sobre esta cuestión volveremos en detalle a continuación.

⁸ Para quien «el concepto de norma y el de deber ser coinciden» y el orden jurídico que engloba una pluralidad de normas, es el Estado: «el Estado es un orden social y porque ese orden es un orden jurídico el Estado es un orden jurídico» («El concepto de orden jurídico» en *Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho*, traducción de M. I. Azaretto, 4ª ed., México, 1999, pp. 93 y 104 respectivamente).

⁹ Como aclara ATIENZA, M., «(e)l positivista ideológico viene a decir [...] que el Derecho debe ser obedecido simplemente porque es Derecho, con lo cual reduce la justicia al Derecho positivo, al Derecho vigente y, de alguna forma, identifica el Derecho con la moral: de ahí que se le acuse de incurrir en contradicción y de ser un pseudopositivista» (*El sentido del Derecho*, 2ª ed., Barcelona, 2003, p. 105). Las corrientes ubicadas en este positivismo ideológico y extremo entran en crisis en la segunda mitad del siglo XX: «(s)ocio-políticamente la experiencia con los regímenes de injusticia totalitarios del siglo XX llevó al escepticismo frente a una jurisprudencia

construcciones positivistas¹⁰ sobre lo que son el Derecho y los sistemas jurídicos, y desde esa perspectiva de mayoritario reconocimiento a su construcción queda avalada, en lo que a solidez interna se refiere, la elección de su modelo sobre los sistemas jurídicos.

Pero no es el logro de una suficiente coherencia jurídica interna lo que ha motivado principalmente la adopción del modelo «haitiano», ya que tal objetivo se alcanzaría igualmente utilizando cualquier otro modelo de sistema jurídico que alcance en el campo del conocimiento jurídico contemporáneo un grado de reconocimiento aceptable. La razón esencial para trabajar desde las premisas de HART se encuentra precisamente en la constatación de que las objeciones de carácter jurídico, antes referidas, que se han esgrimido como impedimentos al reconocimiento y vigencia de las normas de los pueblos indígenas, se sustentan en un concepto positivista del Derecho¹¹. Es a propósito de ese recurso al positivismo como fundamento jurídico de las opiniones que niegan carácter jurídico a las normas de los pueblos indígenas desde donde se entiende el recurso a los postulados de HART, al ser el modelo elaborado por éste un paradigma del concepto de Derecho dentro de las teorías positivistas¹². Si aplicando este concepto cabe considerar como sistema jurídico al conjunto de normas

positivista que se había reducido al estudio «objetivo» de cualquier derecho con tal de que éste fuese procreado de manera formalmente correcta [...]. Posiblemente más determinante fue la objeción metodológica siguiente: una jurisprudencia reducida a considerar solamente las normas procreadas de una cierta manera formal, excluye inadmisiblemente puntos esenciales de referencia en la argumentación jurídica usual; ya que, en el razonamiento de la decisión jurídica, intervienen estándares y principios normativos que no es posible deducir de un ámbito de normas circunscritas por criterios formales» (KUPPE, R. y POTZ, R., *La antropología del Derecho: perspectivas de su pasado, presente y futuro*, México, 1995, p. 27).

¹⁰ Como precisa ATIENZA, M. «(e)l modelo más influyente de positivismo jurídico metodológico o conceptual del siglo XX se encuentra probablemente en la obra de HART». Es el propio DWORKIN, en su abierta y fundamentada crítica al positivismo, el que toma como punto de partida la propuesta de HART «porque considera que es la versión más depurada del positivismo jurídico». Así lo sostiene CALSAMIGLIA, A., en el «Ensayo sobre Dworkin» que sirve de prólogo a la traducción española de M. Gustavino de la obra de este autor *Los Derechos en serio*, 2ª ed., Barcelona, 1989, p. 8. En efecto, refiriéndose a esta cuestión, afirma DWORKIN que «(t)he most powerful contemporary version of positivism is that proposed by H. L. A. Hart, and it is Hart's version which is criticized in this book» (*Taking rights seriously*, 8th impressio, Oxford, 1996, p. IX).

¹¹ Siquiera sea para hacer evidente que dicha teoría no es tan estrecha como se ha pretendido en ocasiones, al utilizarla para estudiar, a la luz de sus postulados esenciales, los sistemas jurídicos de sociedades indígenas. Como destaca ROJAS LIMA, «el estudio de tal Derecho ha presentado limitaciones diversas ahí donde los antropólogos carecen de una formación jurídica complementaria, y más aún entre los juristas y profesionales del Derecho que por lo común se han mostrado renuentes a rebasar los linderos de un rígido positivismo jurídico con las cargas formalistas adicionales propias del Derecho occidental de origen romano» (*El Derecho consuetudinario en el contexto de la etnicidad guatemalteca*, Cuadernos de Derechos Humanos de la Procuraduría de los Derechos Humanos, Guatemala, 1995, p. 20).

¹² Algún intento existe en esta dirección. Aunque sin entrar en un análisis detallado de si los hipotéticos «sistemas jurídicos» de los pueblos indígenas encajan en el modelo de HART, YRIGOYEN FAJARDO, R. se refiere a los elementos del de HART cuando define la denominación «Derecho Indígena» («El debate sobre el reconocimiento constitucional del Derecho Indígena en Guatemala», *América Indígena*, V. LVIII [nums. 1-2], México, 1998, p. 3, nota 4).

de las comunidades indígenas, perderá gran parte de su fundamento la convicción de que un Estado que abraza ese mismo positivismo como dogma estructurante de su sistema jurídico debe negar la juridicidad de los Derechos indígenas.

Veamos por tanto si las normas de los pueblos indígenas encajan en el concepto de sistema jurídico que propone el HART desde el positivismo, para preguntarnos después si, factible la consideración de esas normas como sistemas jurídicos, existen otros argumentos que desaconsejen el reconocimiento oficial de los conjuntos normativos de los pueblos indígenas.

II. PRECISIÓN TERMINOLÓGICA: LA DENOMINACIÓN «PUEBLOS INDÍGENAS»

Por razones de claridad metodológica, me parece necesario realizar una matización respecto a la terminología empleada para aludir a un concepto, el de los sujetos protagonistas de los sistemas jurídicos a valorar, complejo y por ello polémico, al presentar significados diversos en función de la perspectiva y la esfera de conocimiento en la que nos situemos. Dicha terminología no pretende por tanto proporcionar definiciones absolutas y concluyentes, sino simplemente favorecer la agilidad expositiva.

El uso de la expresión «pueblos indígenas» merece por tanto cierta justificación¹³, pero por no ser este trabajo de naturaleza etnográfica sino jurídica, parece suficiente explicar que es una denominación empleada con frecuencia y que abarca, en palabras del relator especial de Naciones Unidas para la Subcomisión de Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías, a las *«comunidades, pueblos y naciones indígenas los que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y las precoloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en esos territorios o en partes de ellos. Constituyen ahora sectores no dominantes de la sociedad y tienen la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a futuras*

¹³ Como pone de relieve STAVENHAGEN, R. «no existe una definición que englobe a todas las poblaciones que pudieran responder a este concepto (...)» y «(n)o solamente existen definiciones distintas y a veces contradictorias, sino también denominaciones distintas; así encontramos, entre otras: «poblaciones indígenas», «aborígenes», «nativos», «silvícolas», «minorías étnicas», «minorías nacionales», «poblaciones tribales», «poblaciones semitribales», «minorías lingüísticas», «minorías religiosas», «indios», o simplemente «tribus», «tribus semibárbaras», «poblaciones no civilizadas», «poblaciones no integradas a la civilización», «pueblos indígenas», «autóctonos», «poblaciones autóctonas», etc, y a este propósito debemos agregar que a veces en un mismo país se aplican definiciones y criterios distintos para definir o catalogar porciones de la población del Estado-nación, lo que hace el problema más complejo» (*Derecho indígena y derechos humanos en América Latina*, México, 1988, p. 135).

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 sociales y sus sistemas legales»¹⁴.

Creo que tal referencia, precisamente por ese carácter generalista y un tanto ambiguo, pero de cierta relevancia jurídica, sirve para abarcar a las comunidades precoloniales, ubicadas en territorio guatemalteco, que poseen una identidad cultural diferente a la que aparece como dominante desde la perspectiva oficial y presentan peculiaridades que plantean el debate acerca de la existencia de un elemento diferencial desde el punto de vista jurídico¹⁵.

Aclarada esta primera cuestión semántica podría argumentarse, en aras a la coherencia interna de este trabajo, la conveniencia de acotar, aquí también, el sentido de la expresión «sistema jurídico». Sin embargo, a diferencia de la expresión «pueblos indígenas», que como concepto sería discutible en el ámbito de otras ciencias como la antropología o la sociología, pero que es transversal si de investigación jurídica hablamos, al emplear el término «sistema jurídico» nos adentramos de lleno en el meollo de la cuestión a indagar, esto es, la de conceptualizar qué son, desde el ámbito jurídico, las normas que rigen la vida de esos pueblos indígenas. A ello va dedicado el núcleo duro de este trabajo, en las páginas siguientes y por ello se omiten ahora las posibles correcciones terminológicas.

III. EL MODELO «HARTIANO» DE «SISTEMA JURÍDICO» Y SU APLICACIÓN A LOS PUEBLOS INDÍGENAS DE GUATEMALA

1. Los elementos esenciales del sistema jurídico en HART

a) Descripción del concepto básico y superación de inconvenientes iniciales

Se puede decir que todo autor que quiera responder a la cuestión de qué es un sistema jurídico, partirá de la premisa de que para poder llamar sistema jurídico a un conjunto de normas aplicadas por una sociedad, tales normas deben configurar una estructura determinada y cumplir ciertas funciones desde las que puede vislumbrarse

¹⁴ MARTÍNEZ-COBO, José en el «*Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas*», de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y de Protección a las Minorías de UN, Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/1986/7 y Add. 1.

¹⁵ Quedaría fuera, sin embargo, la comunidad garífuna, que no es objeto de análisis en este momento.

¹⁶ Tal afirmación no es exclusiva de HART y bien puede decirse que constituye un postulado común en todos los autores que han intentado definir cuándo existe un conjunto de reglas que puedan catalogarse de

ese entramado complejo y heterogéneo que puede denominarse «sistema jurídico»¹⁶. Eso, en el caso de HART, conduce al análisis de cuatro tipologías normativas que se conjugan e interactúan como veremos. Comienza el autor su construcción conceptual a partir de la detección, en toda comunidad o grupo social, de las que denomina reglas primarias de obligación. Se trata de aquellas normas de comportamiento que conforman un «conjunto de pautas o criterios de conducta separados, sin ninguna marca común identificatoria, excepto, por supuesto, que ellas son la reglas que un grupo particular de seres humanos acepta»¹⁷. Incluso esas reglas deben reunir, para satisfacer las necesidades de orden y control de cualquier grupo humano, ciertas requisitos: la presencia de normas represoras de las conductas cuya permisión haría inviable la convivencia como grupo¹⁸, acompañadas de ciertas reglas imponiendo conductas positivas a los individuos que son necesarias para la subsistencia y cohesión del grupo¹⁹. Tales reglas deben contar, puesto que deben su presencia directamente a su aceptación por el grupo, con que esa aceptación sea compartida por la mayoría de la comunidad, siendo los sujetos rebeldes al imperio de las reglas una minoría que no afecte a la supervivencia del grupo como tal. Por tratarse de normas que podríamos calificar de básicas para la existencia de un grupo humano, por más primitiva que sea su organización, resultan fácilmente detectables. Pueden encontrarse rápidamente en cualquier comunidad humana y, efectivamente, no resulta complicado hallar normas de esas características en los pueblos indígenas de Guatemala. Los diversos estudios realizados en los últimos años sobre la juridicidad o no de las normas que estructuran la vida en las comunidades ponen de relieve, de un lado, la existencia de normas que para la represión de aquellas conductas que atentan de modo directo y grave contra

«sistema jurídico». Como destaca PALMA RAMOS, D. A., aquellos autores que se han dedicado al estudio de las normas presentes en las sociedades no occidentales coinciden al afirmar que «no toda norma es jurídica y legal y, por lo tanto, no hay automáticamente instituciones jurídicas en todas las sociedades humanas» («El orden jurídico en comunidades no-occidentales», en *El sistema jurídico maya. Una aproximación*, Guatemala, 1998, p. 10).

¹⁷ HART, *El concepto de Derecho*, pp. 114-115.

¹⁸ Se trata de aquellas normas dirigidas a restringir, de algún modo, «el libre uso de la violencia, el robo y el engaño, en cuanto acciones que los seres humanos se sienten tentados a realizar, pero que tienen, en general, que reprimir, para poder coexistir en proximidad cercana los unos con los otros» (HART, *Ibidem*).

¹⁹ En palabras de HART, se trata de reglas «que imponen a los individuos deberes positivos diversos, como cumplir ciertos servicios o hacer contribuciones a la vida común» (*Ibidem*).

²⁰ La existencia de este tipo de normas, que en parte se incorporarían en las definiciones occidentales de «Derecho Penal», ha sido examinada, entre otros, por MAYEN, G., *Derecho consuetudinario indígena en Guatemala*, (Asociación de investigación y estudios sociales) Guatemala, 1995, pp. 11 a 14, ROJAS LIMA, *El Derecho consuetudinario en el contexto de la etnicidad guatemalteca*, Cuadernos de Derechos Humanos de la Procuraduría de los Derechos Humanos, pp. 10-11, ESQUIT, E. y GARCÍA, I., *El Derecho consuetudinario, la Reforma Judicial y la implementación de los Acuerdos de Paz*, Guatemala, 1998, p. 114-124, A.A.V.V. (Universidad Rafael Landívar. Instituto de Investigaciones Económicas y Sociales), *El sistema jurídico maya. Una aproximación*, Guatemala, 1998, pp.45-47, así como las obras, del mismo autor y vinculadas a la anterior: *El sistema jurídico Poqomchi'*. Una aproximación, Guatemala, 1999, pp. 30-32, *El sistema jurídico Mam. Una aproximación*, Guatemala, 1999, p. 29, y *El sistema jurídico K'iche'*. Una aproximación, Guatemala, 1999, pp. 28-30.

la propia existencia del grupo²⁰ y, por otro, la de normas que imponen diversos deberes de servicio a la comunidad²¹. Pero, precisamente por su condición de básicas y primarias, ¿es suficiente, para un positivista como HART, con que un grupo humano posea reglas de esta naturaleza para poder afirmar que ostenta un sistema jurídico?

Parece que, dentro del sistema jurídico que HART pretende describir, no sería suficiente. Aunque sería posible encontrar sociedades que funcionasen exclusivamente con tales normas, para HART la presencia de las reglas, así configuradas, no permite hablar de sistema jurídico. Si no existe ninguna otra categoría normativa, el sistema adolecerá de varios defectos insubsanables que, por el contrario, se superan en los sistemas jurídicos a través de las que HART llama «reglas secundarias»²². El primer defecto será la imposibilidad de comprobar tanto la pertenencia al sistema de tales normas primarias, y, con ello, su validez, como el contenido preciso de las mismas en caso de duda. Si no existe un tipo de regla que permita comprobar si esa norma primaria que impone determinada obligación está reconocida como norma de la comunidad y cuenta por ello con la legitimación para ser aplicada como tal. A estas segundas reglas las llama HART reglas de reconocimiento y describe su funcionamiento como el de un mecanismo que sirve para comprobar que la norma primaria es norma de la comunidad en cuestión, erradicando así la falta de certeza que caracteriza a aquellas sociedades que no cuentan con reglas de reconocimiento²³.

Hagamos la comprobación en las normas de los pueblos indígenas. Si pensamos en las más comunes reglas de reconocimiento de los actuales sistemas jurídicos occidentales, la negativa parece imponerse. Y es que una constante en los escritos sobre las normas de los pueblos indígenas es la referencia a la naturaleza no escrita y a la

²¹ A ellas se refieren, entre otros, ESQUIT y GARCÍA, *El Derecho consuetudinario, la Reforma Judicial y la implementación de los Acuerdos de Paz*, pp. 87-89, y AA.VV., *Más allá de la Costumbre: Cosmos, Orden y Equilibrio. El Derecho del Pueblo Maya de Guatemala* (Proyecto: Investigaciones en Derecho Consuetudinario y Derecho Local), Guatemala, 1999, pp. 131-142.

²² Refiriéndose a éstas dice que «se encuentran en un nivel distinto que las reglas primarias porque son acerca de éstas; en otros términos, mientras las reglas primarias se ocupan de las acciones que los individuos deben o no hacer, estas reglas secundarias se ocupan de las reglas primarias. Ellas especifican la manera en que las reglas primarias pueden ser verificadas en forma concluyente, introducidas, eliminadas, modificadas, y su violación determinada de manera incontrovertible» (HART, *El concepto de Derecho*, p. 117).

²³ «La forma más simple de remedio para la falta de certeza del régimen de reglas primarias, es la introducción de lo que llamaremos una «regla de reconocimiento» (*rule of recognition*). Esta especificará alguna característica o características cuya posesión por una regla sugerida es considerada como una indicación afirmativa indiscutible de que se trata de una regla del grupo, que ha de ser sustentada por la presión social que éste ejerce» (HART, *El concepto de Derecho*, p. 117).

²⁴ Aunque cabe hablar de alguna excepción a esa pauta general de oralidad en la forma de las normas. A propósito de esta cuestión destaca STAVENHAGEN que «(e)stas normas consuetudinarias de las comunidades indígenas, en el caso del régimen de tenencia de la tierra, han adquirido incluso algunas manifestaciones escritas. Así, en el caso de la comunidad indígena de Santa María Xalapan, en una tesis del año 1977 se cita el reglamento que rige a la comunidad como evidencia de la eficacia de este derecho consuetudinario» (*Derecho Indígena y derechos humanos en América Latina*, p. 281).

oralidad como mecanismo de transmisión de las mismas²⁴. En sistemas jurídicos occidentales en general, y en los integrados en familia jurídica romanista en particular, la regla de reconocimiento adoptará, de entrada, la forma escrita²⁵. La certeza sobre la existencia y contenido de una regla primaria será alcanzada, en primer lugar, por la constancia de dicha norma en un cuerpo escrito, de modo que la escritura de la norma aparece como referencia «*revestida de autoridad*», es decir, como la forma *propia* de resolver las dudas acerca de la existencia de la regla²⁶.

Antes, sin embargo, de decantarnos por la negativa y concluir aquí la indagación, procede preguntarse si la escritura es, para HART, condición necesaria para configurar las normas de reconocimiento que sirven para subsanar la falta de certeza *per se* de las normas primarias, o puede lograrse esa certeza a través de reglas de reconocimiento que no adopten la forma escrita. De una lectura detallada de sus argumentos se hace evidente que la conclusión negativa implica un enfoque superficial que dista mucho de la meticulosa elaboración conceptual de HART. En primer lugar porque afirma claramente que los criterios para determinar la validez de una norma que una determinada regla de reconocimiento proporciona en un sistema jurídico, pueden «*asumir una o más formas diversas: entre ellas se encuentran la referencia a un texto revestido de autoridad; a una sanción legislativa; a la práctica consuetudinaria; a las declaraciones generales de personas especificadas; o a decisiones judiciales pasadas, dictadas en casos particulares*»²⁷. Creo que no puede ser más abierto en cuanto a la viabilidad de las diversas fórmulas que puede adoptar una regla de reconocimiento²⁸.

Es importante tener presente además que, según su construcción, en el día a día de un sistema jurídico, la regla de reconocimiento se presupone y no es necesario recurrir a la misma, como pauta de validez de una norma primaria, cada vez que esa norma primaria se aplica. Ese empleo casi inconsciente de las reglas de reconocimiento parece una consecuencia natural de la aceptación e interiorización de dicho criterio de validación de las normas primarias por aquellos que conforman el grupo social regido por tales normas. A diferencia de esta aceptación de las reglas por los

²⁵ Aunque no siempre ha sido así. No es momento ni lugar para adentrarse en los orígenes de los sistemas jurídicos europeos, pero resulta oportuno tener presentes aquí, salvando las evidentes disparidades, los procesos de ensamblaje e integración entre normas escritas de procedencia romana y normas consuetudinarias no escritas de origen germánico que tuvieron lugar, por ejemplo, en el proceso evolutivo que acabó engendrando el Derecho privado francés que dio cuerpo, nada menos, al Código Civil de Napoleón. Como ponen de relieve ZWEIGERT, K. y KÖTZ, H., «*the recording of the coutumes was necessary for the gradual development of a common customary law of France (droit coutumier commun), and finally for the amalgamation of droit coutumier and droit écrit, without which the Code civil of 1804 could never have unified the law in France*» (*Introduction to Comparative Law*, 3rd revised edition, translated from the German by T. Weir, Oxford, 1998, p. 77).

²⁶ HART, *El concepto de Derecho*, p. 118.

²⁷ HART, *El concepto de Derecho*, p. 126.

²⁸ De hecho, la regla de reconocimiento última de los sistemas jurídicos es una regla consuetudinaria, una «práctica» (cfr. RAMOS PASCUA, J.A., *La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H.L.A. Hart: un intento de configuración del derecho como sistema normativo autónomo*, Madrid, 1989).

que viven en ese sistema jurídico, para los que se acercan al mismo desde fuera la validez de las reglas no puede, desde una perspectiva positivista como la de HART, ser juzgada más allá de la constatación de si esa norma cumple con los postulados de la regla de reconocimiento. Así pues, la regla de reconocimiento sirve para dictaminar la validez de las normas aplicadas en la práctica del sistema jurídico pero, a su vez, no es sometida a controles que verifiquen si se ajusta o no a determinados criterios de validez. En última instancia, se configura como elemento de validación de todo el sistema jurídico y, como tal, no puede ser sometido a exámenes de carácter jurídico sobre su validez.

Podríamos, por ejemplo, preguntarnos por qué lo establecido en una ley de un parlamento es válido, y responder que lo es porque cumple con los requisitos fijados para la elaboración y promulgación de leyes, y aún preguntarnos si esas normas que fijan los requisitos de elaboración y promulgación de leyes son válidas a su vez, y afirmar que lo son porque se han dictado conforme a las reglas fijadas para crear leyes que regulen los procedimientos de elaboración y promulgación de leyes que se remontan, habitualmente, a lo establecido en una norma suprema, llamada Constitución en muchos sistemas. Pero, ascendiendo en el nivel de cuestionamiento sobre la validez de dicha norma suprema, e incluso asumiendo que dicha Constitución es válida porque ha sido dictada de acuerdo con los postulados jurídicos vigentes en el momento de su promulgación, nos encontraremos con que, en último término, no podremos dictaminar desde una lógica jurídica interna del sistema la validez de esos últimos postulados jurídicos, porque no hay referente superior al que aferrarse. Y es que la regla última de reconocimiento, que da cabida a todas las demás, es una cuestión de hecho y no de Derecho, incluso de aceptación o consenso por parte del grupo que reconoce dicho sistema, de acuerdo con criterios de validez externos al sistema mismo. Se aprecia su existencia, observando el sistema desde fuera, y se acepta su vigencia observando el sistema desde dentro, pero no cabe someterla a exámenes internos de validez. Podrán hacerse juicios de valor sobre su adecuación a postulados éticos, morales, políticos o ideológicos en general, pero deberá admitirse que el sistema jurídico en cuestión no puede juzgarla conforme a los criterios internos de validez, porque dichos criterios dependen, en último lugar, de esa misma regla²⁹.

²⁹ Para ilustrar la cuestión resultan interesantes algunos de los ejemplos propuestos por el propio HART (*El concepto de Derecho*), entre otros, el siguiente: «Si se plantea la cuestión sobre si una cierta regla es jurídicamente válida, para resolverla debemos usar un criterio de validez suministrado por alguna otra regla. ¿Es válida esta pretendida ordenanza del County Council de Oxfordshire? Sí: porque fue dictada en ejercicio de las potestades conferidas, y de acuerdo con el procedimiento especificado, por un decreto del Ministerio de Salud Pública. A este primer nivel, el decreto suministra los criterios para apreciar la validez de la ordenanza. Puede no haber necesidad práctica de seguir adelante; pero existe la posibilidad de hacerlo. Podemos cuestionar la validez del decreto y apreciarla en términos de la ley que faculta al Ministro a adoptar tales medidas. Finalmente, cuando la validez de la ley ha sido cuestionada, y determinada por referencia a la regla que establece que lo que la Reina en Parlamento sanciona es derecho, alcanzamos un punto donde debemos detener nuestras investigaciones referentes a la validez: porque hemos llegado a una regla que, a semejanza del decreto y de la ley intermedios, proporciona

Volveremos más tarde a la regla de reconocimiento y su presencia en los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas. Ahora, y en aras a una visión de conjunto que nos permita extraer toda la riqueza en el análisis de esta cuestión, veamos los otros dos tipos de reglas secundarias que en la propuesta de HART son necesarias para poder referirse a un conjunto normativo como sistema jurídico o Derecho en sentido moderno. Se refiere el autor a las que llama «reglas de cambio» como aquellas que sirven para subsanar la ineptitud de las reglas primarias, en sí mismas consideradas, para evolucionar en coherencia con la realidad social en la que se insertan. Se trata de aquellas normas que dotan al sistema jurídico de cierta condición orgánica, en tanto parte integrante de un complejo más amplio, la sociedad, con la que interactúa, de una parte regulando las relaciones que en ella se generan y de otra recibiendo e incorporando las exigencias de modificación que se suscitan todo grupo humano socialmente organizado. Así, las reglas de cambio son las que aclaran quién tiene potestad para modificar las normas primarias y bajo que pautas procedimentales se hará tal mutación.

El tercer y último cuerpo de reglas secundarias que define HART es el de las «reglas de adjudicación» y son las que indican cómo reaccionar ante las trasgresiones de cualquier norma que los sujetos integrados en el sistema cometan. Se trata, simplemente, de aquellas normas que regulan quién tiene potestad para verificar si se ha vulnerado una regla del sistema, qué consecuencias debe acarrear dicha vulneración y en qué condiciones se decidirá lo anterior. Se trata de las reglas secundarias que, como aclara HART, «definen un grupo de importantes conceptos jurídicos: en este caso, los conceptos de juez o tribunal, jurisdicción y sentencia»³⁰. Por lo familiares que dichos conceptos resultan, tal descripción parece suficiente a los efectos que aquí interesan.

La teoría de HART no finaliza aquí, pero para el autor, y sin perjuicio de ulteriores disquisiciones sobre algunas cuestiones jurídicamente relevantes, en la combinación de estos cuatro tipos normativos se encuentra el meollo y germen de un sistema

critérios para la determinación de la validez de otras reglas, pero que, a diferencia de lo que ocurre en el caso de ellos, no está subordinada a criterios de validez jurídica establecidos por otras reglas» (p. 133). «[...] Cuando después de decir que una norma particular es válida porque satisface la regla de que lo que la Reina en Parlamento sanciona es derecho, sostenemos que esta última regla es usada en Inglaterra por los tribunales, funcionarios y particulares como regla de reconocimiento última, hemos pasado de un enunciado interno de derecho que afirma la validez de una regla del sistema a un enunciado externo de hecho, que un observador podría hacer aunque no aceptara el sistema» (p. 134). Unas páginas más adelante, retomando el mismo ejemplo de la regla de reconocimiento que establece que lo que la Reina sanciona en el Parlamento es derecho, afirma que «...no es una regla situada en el mismo plano que las «normas jurídicas en sentido estricto» que identificamos valiéndonos de ella. Aún cuando fuera sancionada por vía legislativa esto no la reduciría al nivel de una ley; porque el *status* jurídico de tal sanción necesariamente dependería del hecho de que la regla existiera antes y con independencia de esa sanción. Además, como hemos visto en el último apartado, su existencia, a diferencia de la de una ley, tiene que consistir en una práctica efectiva» (p. 138).

³⁰ HART, *El concepto de Derecho*, p. 120.

jurídico³¹. Apliquemos pues, sus postulados, a los hipotéticos sistemas jurídicos de los pueblos indígenas.

b) *Rastreo de las tipologías normativas de HART en las reglas de los pueblos indígenas*

Y debemos retomar la cuestión en el punto en el que la dejamos. Hemos visto cómo son fácilmente detectables las normas primarias, presentes en todo grupo humano mínimamente organizado, y también cómo las normas secundarias de reconocimiento, para HART, pueden revestir formas escritas o no escritas, pues la esencia de tales reglas es que, adopten la forma que adopten, funcionan fijando los criterios de identificación y pertenencia al sistema de todas las normas que lo componen.

Superado ese inconveniente de naturaleza formal, la cuestión a resolver es si las normas secundarias, de reconocimiento, cambio y adjudicación, existen en los sistemas reguladores de los pueblos indígenas de Guatemala.

La clave para responder se encuentra, en buena medida, en lo que los autores que han analizado las normas de los pueblos indígenas denominan sistemas de autoridades. Se refieren a diversos tipos de autoridades con diversas categorías y funciones: autoridades con múltiples funciones gubernativas y de resolución de conflictos³², de origen diverso y sustentadas en un principio de servicio a la comunidad desde las que puede rastrearse, según parece, la presencia de todas las que HART, bajo el apelativo de reglas secundarias, incluye entre las normas que conforman el complejo entramado que podemos llamar sistema jurídico.

Tales autoridades son, en primer lugar, las legitimadas para adaptar las reglas primarias en las tareas de conducción del grupo, evitando así que la naturaleza está-

³¹ «Si recapitulamos y consideramos la estructura que ha resultado de la combinación de las reglas primarias de obligación con las reglas secundarias de reconocimiento, cambio y adjudicación, es obvio que tenemos aquí, no sólo la médula de un sistema jurídico, sino una herramienta muy poderosa para el análisis de mucho de lo que ha desconcertado tanto al jurista como al teórico de la política» (HART, *El concepto de Derecho*, p. 121).

³² Entre otros, HESSBRUEGGE, J. A., y OCHOA GARCÍA, F., (Mayan Law in Post-Conflict Guatemala, Inédito, 2004, p. 10, DEFENSORÍA MAYA, *Nociones del Derecho maya. Principios jurídicos que sustentan la convivencia armónica de las comunidades mayas*, Guatemala, 2000, p. 12), A.A.V.V. (Universidad Rafael Landívar. Instituto de Investigaciones Económicas y Sociales), *El sistema jurídico maya. Una aproximación*, pp. 54-61 o MAYEN, *Derecho consuetudinario indígena en Guatemala*, (*Asociación de investigación y estudios sociales*), pp. 14-20. De manera muy detallada describen los tipos de autoridades y sus funciones precisas en las comunidades ESQUIT y GARCÍA, (*El Derecho consuetudinario, la Reforma Judicial y la implementación de los Acuerdos de Paz*, pp. 49-94) y A.A.V.V., (*Más allá de la Costumbre: Cosmos, Orden y Equilibrio. El Derecho del Pueblo Maya de Guatemala (Proyecto: Investigaciones en Derecho Consuetudinario y Derecho Local)*, pp. 146 y siguientes).

tica de las mismas provoque una imposibilidad de evolución del sistema³³. Muestra de ello, la adaptación constante de las normas de los pueblos indígenas a las circunstancias y pueblos dominantes en cada momento, asumiendo instituciones, en un origen impuestas y ajenas a su propio sistema, que pasan a formar parte del sistema³⁴. Ese es el caso de las alcaldías auxiliares o las cofradías, en un principio impuestas en la época de la Colonia³⁵, que han sobrevivido hasta la actualidad y siguen funcionando hoy como autoridades indígenas³⁶.

³³ En las comunidades indígenas de Guatemala, puede hablarse en general de dos tipos de autoridades, las oficiales y las tradicionales: «(e)n algunos casos los dos grupos de autoridades actúan separados, conforme a sus propias funciones, explícitas en el caso de las autoridades oficiales, e implícitas (aunque plenamente aceptadas por la población) en el caso de las autoridades tradicionales; y en otros casos se mezclan las dos estructuras: las oficiales y las tradicionales.[...] Aparte de las autoridades locales, que desempeñan claramente funciones jurídicas y cuya jurisdicción abarca a toda la comunidad, en las cuatro comunidades étnicas hay dignidades que sólo en algunas ocasiones desempeñan funciones jurídicas, pero que al estar a cargo de la vida religiosa, y con ello de las normas morales, tienen influencia directa sobre las funciones jurídicas a cargo de las autoridades locales, tanto oficiales como tradicionales, para el mantenimiento del equilibrio y la armonía de la vida cotidiana de la población» (A.A.V.V. (Universidad Rafael Landívar. Instituto de Investigaciones Económicas y Sociales), *El sistema jurídico maya. Una aproximación*, pp. 53-54).

³⁴ «Mayan Law knows a diverse range of authorities with governance or conflict resolution functions. On the surface, these authorities are a product of the country's colonial history, since they draw on the historic forms developed in the colonial municipality and its local sub-units» (HESSBRUEGGE y OCHOA GARCÍA, *Mayan Law in Post-Conflict*, p. 10).

³⁵ Tales autoridades surgen, una vez asentados los europeos en el continente americano, dentro de la preocupación, mucho más amplia, de establecer mecanismos que asegurasen el control y sometimiento de las poblaciones indígenas: «(l)a relación con los indios comenzó a preocupar a las autoridades reales al poco tiempo de haberse realizado el primer contacto. Esta preocupación se transformó en un aparato jurídico e institucional que había de normar y reglamentar las relaciones entre españoles e indígenas durante más de tres siglos de colonización, y que hasta hoy día configura la relación entre poblaciones indígenas y el Estado en América Latina» (STAVENHAGEN, *Derecho indígena y derechos humanos en América Latina*, p. 14). «La relación entre los pueblos indígenas y las instituciones coloniales se operó de dos maneras: por un lado, los dirigentes indígenas, una vez sometidos militarmente, fueron responsabilizados de la representación, ante los españoles, de los indígenas que estaban bajo su gobierno; por el otro, fueron creadas figuras y mecanismos de autoridad que, aunque eran españolas, tomaron el molde de las sociedades a las cuales fueron aplicadas para dar como resultado una nueva forma de institucionalidad. [...] (l)as autoridades indígenas ejercieron la autoridad en dos niveles: a lo interno de las comunidades, usando las regulaciones precolombinas, con las adaptaciones que imponían las regulaciones hispanas e indianas, tales como la encomienda, el repartimiento, las normas sobre tributación. Las leyes protectoras dictadas por el derecho indiano operaron como cubierta para el desarrollo de una legislación indígena ajustada a las condiciones históricas que vivieron durante la Colonia; asimismo, los procesos de resistencia indígena se expresaron en términos de un buen manejo de los mecanismos y regulaciones indianas que les afectaban [...]» (A.A.V.V., *Más allá de la Costumbre: Cosmos, Orden y Equilibrio. El Derecho del Pueblo Maya de Guatemala (Proyecto: Investigaciones en Derecho Consuetudinario y Derecho Local)*, pp. 27-28).

³⁶ «La alcaldía indígena es una institución político-judicial de origen colonial, con funciones administrativas de control económico y con autoridad para dirimir conflictos locales. En algunos pueblos la alcaldía estuvo en manos de la nobleza indígena. Paradójicamente esta institución sirvió a la población indígena para mantener valores y costumbres propias de su cultura y en particular prácticas de derecho. La alcaldías indígenas siguen funcionando en varios municipios; en algunos con el nombre de Alcaldía Indígena, como en el caso de Sololá; en otros Alcaldía Auxiliar o Alcaldía Pequeña como en Totonicapán. [...] La Cofradía, también de origen colonial, constituye una instancia donde se resuelven conflictos familiares» (MAYEN, *Derecho consuetudinario indígena en Guatemala*, (Asociación de investigación y estudios sociales, pp. 16-17).

También las reglas de adjudicación se materializan a través de la labor ejercitada por las autoridades. Cumplen funciones de mediación, conciliación y resolución de los conflictos surgidos por la trasgresión de las normas primarias, aplicando en el ejercicio de esa actividad «jurisdiccional» procedimientos preestablecidos en normas consuetudinarias³⁷ basadas en principios metajurídicos inspiradores de todo el orden social maya³⁸ y, en especial, en el restablecimiento del equilibrio en la comunidad, roto por el conflicto³⁹, buscando en primer lugar la conciliación y sólo en último término la sanción⁴⁰.

Las reglas de reconocimiento, como en todo sistema, son las más difíciles de detectar, habida cuenta que, en última instancia, deben contemplarse más como una cuestión fáctica, apreciable desde una órbita no tanto jurídica como sociológica o antropológica⁴¹. A pesar de ello, pueden identificarse como aquellas que asientan el

³⁷ Existen diversos trabajos sobre las pautas procedimentales para la resolución de conflictos en los sistemas jurídicos indígenas. Una visión sistemática y reciente de los mismos puede leerse en *Del monismo al pluralismo jurídico en Guatemala*, AA.VV., [coordinada por J. Gómez], pp. 201-222 y un enfoque interesante por su base eminentemente empírica es el que ofrece MAYEN, *Derecho consuetudinario indígena en Guatemala*, (Asociación de investigación y estudios sociales), pp. 13-25).

³⁸ «La estructura del sistema institucional para la resolución de conflictos está conformado por foros de conciliación, los cuales son principalmente la familia, las iglesias de diferentes denominaciones, con líderes ancianos de las comunidades, la alcaldía auxiliar, la alcaldía municipal, y como espacio de sanción los juzgados. Recorrer o no estos espacios, sin embargo, se sujeta a la capacidad conciliadora de los líderes y del consenso que pueden lograr las personas implicadas en el caso. Pero por otra parte, también depende del tipo y gravedad del conflicto que se busca resolver, así un robo no se soluciona en la misma instancia que un pleito matrimonial, por ejemplo» (ESQUIT y GARCÍA, *El Derecho consuetudinario, la Reforma Judicial y la implementación de los Acuerdos de Paz*, p. 98).

³⁹ «[...] el conflicto es entendido como la ruptura del orden establecido tanto en la misma comunidad, como en la familia o en el ámbito personal. Ese quiebre y la vuelta al orden constituye un proceso que puede identificarse como la dualidad infracción-restablecimiento. En la cosmovisión maya, el orden en la vida social y personal puede entenderse con el concepto «b'eyal» que hace alusión al camino; es decir, las personas y las comunidades siguen un camino que determina el equilibrio entre el orden y el desorden, la infracción y el restablecimiento» (ESQUIT y GARCÍA, *El Derecho consuetudinario, la Reforma Judicial y la implementación de los Acuerdos de Paz*, p. 97).

⁴⁰ «El equilibrio y la armonía son mencionados constantemente como base del derecho indígena, tanto en el nivel filosófico como en las normas operativas. [...] Para solucionar los problemas internos de la comunidad, es necesario que haya armonía para restablecer el equilibrio en la vida de la comunidad. Cuando el que cometió la falta reconoce el error, cuando el afectado se conforma con la solución del problema y cuando la justicia es aplicada con equidad por la autoridad, se llega a la comprensión y a la armonía. Para mantener la armonía y el equilibrio hay momentos en que es necesario tomar una decisión colectiva, sobre todo cuando la autoridad encuentra dificultad para tomar una decisión [...]» (AA.VV., *Más allá de la Costumbre: Cosmos, Orden y Equilibrio. El Derecho del Pueblo Maya de Guatemala (Proyecto: Investigaciones en Derecho Consuetudinario y Derecho Local)*, pp. 182-183).

⁴¹ «En la vida cotidiana de un sistema jurídico su regla de reconocimiento rara vez es formulada en forma expresa como una regla» (HART, *El concepto de Derecho*, p. 127). A propósito de la cita de HART, y pensando en los pueblos indígenas de Guatemala, resulta pertinente la cita de MAYEN: «El uso de la costumbre como conjunto de normas y reglas de observancia aceptada por el conglomerado social, en la multiplicidad étnica nacional, ha mantenido tal importancia que no es posible que se explique el comportamiento del individuo y sus instituciones, en determinada comunidad, sin recurrir a esas prácticas de observancia general» (*Derecho consuetudinario indígena en Guatemala*, (Asociación de investigación y estudios sociales, p. 9).

criterio de validez de las normas primarias en su «larga vigencia consuetudinaria»⁴² y también las que legitiman a las autoridades de la comunidad para llevar a cabo tareas de gobierno y resolución de conflictos⁴³. El respeto a las prácticas consuetudinarias plasma el modo en que la población indígena reconoce, valga la redundancia, la regla de reconocimiento que asienta el criterio de que las normas primarias valen si pueden catalogarse como costumbres de la comunidad, basadas en aquellos principios⁴⁴, propios de la denominada «cosmovisión maya»⁴⁵ a los que antes aludía al mencionar las normas procedimentales para la resolución de conflictos, que constituyen, en definitiva, fundamentos de carácter ético y moral⁴⁶. Eso viene completado por el uso que de las reglas de reconocimiento hacen las autoridades de la comunidad, cuando aplican en la resolución de conflictos, reglas primarias de las que imponen deberes y obligaciones sustantivos. Como aclara HART, «*la regla que confiere jurisdicción es también una regla de reconocimiento que identifica a las reglas primarias a través de las decisiones de los tribunales*»⁴⁷.

Procede cierta recapitulación. En las páginas que preceden se va consolidando la percepción de que no resulta descabellado, desde una visión positivista del Derecho

⁴² «En un sistema jurídico desarrollado las reglas de reconocimiento son, por supuesto, más complejas; en lugar de identificar las reglas exclusivamente por referencia a un texto o lista, ellas lo hacen por referencia a alguna característica general poseída por las reglas primarias. Esta puede ser el hecho de haber sido sancionadas por un cuerpo específico, o su larga vigencia consuetudinaria, o su relación con las decisiones judiciales» (HART, *El concepto de Derecho*, p. 118).

⁴³ «(L)a institucionalidad existente en las comunidades, es aceptada y entendida por las personas como un elemento fundamental para la existencia y gestión local. La legitimidad de los líderes y de las instituciones generalmente no está en entredicho, cuestionada o minimizada, sino que poseen una importancia primordial, por lo menos para la mayor parte de la población» (ESQUIT y GARCÍA, *El Derecho consuetudinario, la Reforma Judicial y la implementación de los Acuerdos de Paz*, p. 90).

⁴⁴ Intentar desde aquí hacer una enumeración completa y sistemática de tales principios sería tan laborioso como desproporcionado, pues excedería de la finalidad, estrictamente jurídica y mucho más modesta, de este artículo. Para obtener una visión aproximada de tales principios puede leerse, entre otros, la obra ya citada, de AA.VV., *Más allá de la Costumbre: Cosmos, Orden y Equilibrio. El Derecho del Pueblo Maya de Guatemala (Proyecto: Investigaciones en Derecho Consuetudinario y Derecho Local)*, sobre todo en pp. 178 a 189, y la también citada *Del monismo al pluralismo jurídico en Guatemala*, AA.VV., [coordinada por J. Gómez], pp. 73-77. Y por su concreción respecto a los principios sustentadores del orden social y jurídico en una comunidad indígena en particular, resulta especialmente interesante la descripción contenida en *Fuentes y fundamentos del Derecho de la Nación Maya K'iche'*, Conferencia Nacional de Ministros de la Espiritualidad Maya, Oxalajuj Ajpop, Guatemala, 2001, pp. 110 y siguientes.

⁴⁵ Refiriéndose al término cosmovisión maya, AMILCAR POP lo define como «la forma particular de interpretar los fenómenos del universo y las realidades de la vida del hombre que cada cultura tiene. En el caso de la filosofía Maya, la cosmovisión es la manera de entender la vida y la existencia conforme a la relación filosófica naturaleza-hombre-universo. En donde el hombre es una parte ni más ni menos importante en todo el universo dinámico y cambiante, en el que actúa interdependientemente de los demás elementos que coexisten con él» («La juridicidad desde la cosmovisión maya», <http://www.oit.or.cr/unfip/estudios/juridic>, p. 2).

⁴⁶ Como fundamentos específicos del Derecho maya se alude a las «pautas culturales de la comunidad donde se ejerce, así mismo las reglas cósmico-espirituales e histórico-morales, que son parte de los mismos», AA.VV. (*Del monismo al pluralismo jurídico en Guatemala*, [coordinada por J. Gómez], p. 55).

⁴⁷ HART, *El concepto de Derecho*, p. 121.

como la de HART, considerar sistema jurídico al conjunto de normas originadas, reconocidas y aplicadas por las poblaciones indígenas de Guatemala⁴⁸ al margen del ordenamiento jurídico estatal. Pero todavía queda por aclarar una cuestión, que siempre interrogantes acerca de la solidez de dicho sistema jurídico. Y es que, asumiendo que el sistema reúne todos los tipos de normas que HART reclama como elementos esenciales para poder denominar «derecho» a un conjunto normativo, queda por resolver el problema de la eficacia. La perspectiva adoptada ha atendido, exclusivamente, a la cuestión de la validez de las normas en cuestión, sin que nos hayamos adentrado en la dimensión más funcional del sistema, esto es, la de la eficacia, que ha sido dada por supuesta. Ésa es la hipótesis de la que parte HART en su planteamiento, para incidir después una vez propuesto su modelo, en la problemática de los que considera sistemas patológicos. Veamos si tal patología acontece en los sistemas estudiados y cuáles son, o pueden ser, sus consecuencias.

2. Eficacia: el test de vigencia de un sistema potencialmente válido

Aclara HART algunas cuestiones clave en la relación entre validez, eficacia general del sistema, y eficacia particular de una determinada norma, que resultan ahora pertinentes. En primer lugar, conviene tener presente que la ineficacia de una regla particular del sistema, esto es, su incumplimiento sistemático o mayoritario por parte de los sujetos de dicho sistema, no está necesariamente conectado con su validez dentro de dicho sistema. Si la regla cumple con los parámetros de validez sentados por la regla de reconocimiento será válida, sin perjuicio de que sea conveniente revisarla, puesto que una regla en desuso, aunque válida desde un plano formal, carece de utilidad desde el punto de vista material. Más relevante, desde el punto de vista de la validez del sistema, será una situación de ineficacia generalizada del sistema. En tales casos, el análisis de dicho sistema podrá ser interesante como cuestión principalmente epistemológica, sin perjuicio de ciertas aplicaciones prácticas, más o menos indirectas⁴⁹. Pero no se construirá como examen dirigido a la extracción de utilidades

⁴⁸ Sin que eso equivalga, en este momento, a su catalogación como sistema maduro o completo, pues «un sistema jurídico, como un ser humano, puede en cierta etapa no haber nacido aún; en una segunda etapa, no ser todavía totalmente independiente de su madre; después, gozar de una saludable existencia autónoma; luego decaer, y por último morir. Estas etapas intermedias entre el nacimiento y la existencia autónoma y normal, por un lado, y entre ésta y la muerte, por otro, dislocan nuestras formas familiares de describir los fenómenos jurídicos. Ellas son dignas de estudio, porque, desconcertantes como son, ponen de relieve la plena complejidad de lo que damos por admitido cuando, en el caso normal, hacemos la afirmación confiada y verdadera de que en un determinado país existe un sistema jurídico» (HART, *El concepto de Derecho*, pp. 139-140).

⁴⁹ «Porque aunque normalmente es inútil o vano hablar de la validez de una regla de un sistema que nunca ha sido establecido o que ha sido desechado, no es sin embargo un sinsentido ni es siempre inútil. Una manera vívida de enseñar Derecho Romano es hablar *como si* el sistema fuera todavía eficaz, examinar la validez de las reglas particulares y resolver problemas de acuerdo con ellas; y una manera de alimentar esperanzas en la

directamente relacionadas con la experiencia de ese Derecho en tanto que instrumento de ingeniería social y de ordenación de la convivencia social, pues un estudio con tales propósitos sólo puede emprenderse respecto de un sistema vivo o eficaz⁵⁰.

En términos absolutos, las consideraciones anteriores parecen bastante evidentes y fáciles de captar. La dificultad emerge cuando se enlaza ese inicial postulado absoluto con el complejo entramado de reglas que componen un sistema jurídico y los diversos grados de eficacia que, a partir de esa multiplicidad, puede presentar el sistema. Si ninguna de las reglas está en vigor el sistema será inoperante, y si todas lo están será plenamente operativo. Pero entre esos dos extremos de eficacia o ineficacia absolutas el panorama de eficacias relativas puede ser muy amplio, dando así lugar a sistemas que presentan alguna patología funcional, más o menos aguda, que hace surgir el interrogante acerca de su vigencia actual.

Concretaremos enseguida estas reflexiones sobre la eficacia del sistema en el caso de los pueblos indígenas de Guatemala. Hasta aquí, se ha dado por supuesta la eficacia, en abstracto, del sistema⁵¹. Ahora, ya detectados los elementos configuradores del concepto «sistema jurídico» elegido, el de HART, nos ocupa y nos preocupa el grado de eficacia presente de los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas y, sobre todo, sus perspectivas de eficacia en el futuro.

Nos movemos en un terreno resbaladizo (respecto al cual HART guarda silencio), ya que la eficacia como cuestión fáctica debería, siendo rigurosos, ser experimentada o percibida de modo empírico. Sin perjuicio de ulteriores estudios en profundidad, que se asienten en una exploración de tal calibre, aquí tomaremos como punto de partida para nuestra reflexión la que aparece como percepción común dentro de los trabajos doctrinales sobre esta materia: que dichos sistemas ven su eficacia amenazada, de manera más o menos permanente y aguda, por diversas circunstancias derivadas de la ubicación de las poblaciones indígenas en un Estado que no asume como identidad cultural y como normatividad legítima la de las po-

restauración de un orden social anterior destruido por una revolución, y de rechazar el orden nuevo, es aferrarse a los criterios de validez jurídica del viejo régimen. Esto es lo que implícitamente hacen los rusos blancos que todavía se titular propietarios de acuerdo con alguna regla que fue válida en la Rusia zarista» (HART, *El concepto de Derecho*, p. 130).

⁵⁰ A lo sumo, un sistema que ya no está en vigor o que nunca lo ha estado podrá ser estudiado como modelo para mejorar el funcionamiento de otro que sea actualmente eficaz, pero en tal caso su utilidad desde la perspectiva funcional del Derecho siempre será indirecta, como propuesta de referencia para posibles innovaciones y mejoras del sistema que presenta carencias o disfunciones.

⁵¹ No podía ser de otro modo, ya que cualquier indagación externa sobre un sistema jurídico debe partir de la premisa, siquiera hipotética o formulada en pasado, de la eficacia del mismo. Resultaría un tanto absurdo preguntarse si un conjunto normativo reúne todos los elementos que configuran un sistema jurídico y sostener al mismo tiempo que todas esas normas cuya presencia permite catalogar al complejo como Derecho no funcionan, ni funcionarían nunca, ni han funcionado jamás en el pasado. Como presupuesto pues, siquiera inconsciente, del estudio de todo sistema jurídico, partimos de su eficacia pasada, presente o futura.

blaciones indígenas. Aceptando la evidencia de esa amenaza, no puede negarse, por otro lado, que la presión de ese entorno hostil ha servido al mismo tiempo para forzar la evolución y adaptación de esos sistemas jurídicos a la realidad cambiante. La necesidad de evolución y adaptación, constante en todos los sistemas y vital para su supervivencia, ha sido protagonista en la historia de los sistemas jurídicos indígenas en Guatemala. El proceso colonizador asestó un duro golpe a la configuración tradicional de los mismos, y los hizo tambalearse en sus fundamentos más arraigados. Aún así, la historia muestra cómo lograron sobrevivir y adaptarse⁵², haciendo suyas instituciones jurídicas coloniales como las alcaldías indígenas⁵³ o, aunque muy debilitadas actualmente, las cofradías⁵⁴. Instituciones en un principio impuestas, muchos siglos después se mantienen, a pesar de las modificaciones constantes que los cambios políticos en el país han propiciado⁵⁵, con connotaciones

⁵² «[...] (E)l derecho indígena, basado en un sistema de autoridades, prácticas e instituciones que se gestaron durante la colonia a partir de las raíces ancestrales de la cultura, continuó en vigencia al interior de las comunidades durante casi dos siglos de existencia del régimen republicano» (AA.VV., *Más allá de la Costumbre: Cosmos, Orden y Equilibrio. El Derecho del Pueblo Maya de Guatemala (Proyecto: Investigaciones en Derecho Consuetudinario y Derecho Local)*, p. 31).

⁵³ «De la alcaldía indígena, en términos generales, se puede decir que es una institución político-judicial de origen colonial. El ejercicio extendido de la autoridad, la actividad jurisdiccional y en general el control económico, político y social sobre los pueblos de indios hicieron necesaria una organización edilicia con funciones inicialmente delegadas en ciertos representantes de la nobleza indígena prehispánica. Las características de la sociedad colonial, que en alguna medida se han prolongado hasta el presente, afianzaron la existencia pragmática de aquella institución. La misma, sin embargo, por las mismas razones sociales apuntadas, sirvió no sólo los intereses y objetivos coloniales apuntados (por ejemplo el control de la mano de obra forzosa, el cobro de tributos, la organización de los servicios personales, etc.), sino, con el tiempo y las circunstancias, llegó a convertirse en un instrumento relativamente eficaz para salvaguardar las costumbres, los valores y otras expresiones de la secular cultura indígena de Guatemala, entre ellas el Derecho ancestral» (ROJAS LIMA, *El Derecho consuetudinario en el contexto de la etnicidad guatemalteca*, Cuadernos de Derechos Humanos de la Procuraduría de los Derechos Humanos, pp. 12-13).

⁵⁴ «La Cofradía, también de origen colonial, constituye una instancia donde se resuelven conflictos familiares [...] Pero la violencia de los tres últimos lustros ha corroído y casi destruido tanto a las cofradías como a los principales y otros personajes revestidos de autoridad tradicionalmente» (MAYEN, *Derecho consuetudinario indígena en Guatemala*, (Asociación de investigación y estudios sociales), p. 17). Aún así, todavía conserva funciones jurídicamente relevantes en ciertas comunidades: «Un principal de cofradía es autoridad, pero generalmente se insistió que lo es a un nivel solamente moral. En Santiago Atitlán, sin embargo, hay un líder de cofradía denominado Cabecera del Pueblo, el cual custodia las escrituras de las tierras de Santiago y vela por los mojonos de la comunidad». (ESQUIT y GARCÍA, *El Derecho consuetudinario, la Reforma Judicial y la implementación de los Acuerdos de Paz*, p. 76).

⁵⁵ «La alcaldía indígena ha sufrido modificaciones importantes derivadas éstas de algunos cambios registrados en la estructura política del país. La independencia respecto de España en 1821, la sustitución de los alcaldes por los intendentes municipales nombrados por el Poder Ejecutivo (medida tomada durante el gobierno del dictador Jorge Ubico en 1933), la introducción de partidos políticos en la era revolucionaria de 1944-1954, y más recientemente ciertas modificaciones en la estructura del Organismo Judicial a nivel municipal (los alcaldes popularmente electos dejaron de desempeñar las funciones de jueces de paz), son algunos de aquellos cambios políticos que afectaron el anterior funcionamiento de las alcaldías indígenas. Estas, no obstante, no han desaparecido del todo, por razones pragmáticas parecidas a las que están asociadas a su origen, y, en algunos casos, como en el municipio de San Pedro Jocopilas, en el departamento de Quiché, ellas forman parte de una estructura política tradicional que funciona con una relativa eficacia, aunque de modo cuasisecreto, al margen de la estructura política

propias diferenciadas del significado y funciones que a esas instituciones les reconoce el Derecho oficial guatemalteco⁵⁶.

Pero, aunque conviene no ser alarmista, parece que el momento actual, sin perjuicio de la siempre necesaria adaptación y transformación de todo sistema jurídico, presenta ciertas patologías preocupantes. Entre los acontecimientos recientes más denostadores se encuentra, por una parte, el conflicto armado y su repercusión sobre las instituciones jurídicas tradicionales de los pueblos indígenas⁵⁷, al haber quedado desestructuradas muchas comunidades que, tras dicho conflicto, y situadas en un nuevo contexto social, cambiante y globalizado, se han visto incapaces de reconstruir su modelo de convivencia anterior. Se hallan actualmente en una encrucijada vital como sociedades con una identidad cultural y jurídica propia que ha sido cuestionada y que intenta reubicarse, y eso tiene un impacto fuertemente negativo para la eficacia del sistema jurídico. Aunque es común a toda sociedad en transición la fricción entre las normas vigentes y las necesidades de adaptación al nuevo entorno, que empuja a realizar cambios rápidos, para los sistemas que se mantienen al margen de la oficialidad, con un perfil poco adaptado a las contingencias de un mundo globalizado, también en lo jurídico, resulta especialmente difícil de superar. Pero es que además, y en íntima conexión con los efectos de tales injerencias externas, se produce en el momento actual una amenaza que por ser interna afecta con especial intensidad a la supervivencia del sistema. Desde ciertos colectivos de población indígena se materializa una actitud de incumplimiento, por abandono y, por tanto, no reconocimiento, de las normas de su sistema. Se trata, sobre todo, de población joven, que va adaptando sus pautas de conducta a la cultura occidental debido, en buena medida, a las experiencias de migración tanto a núcleos urbanos dentro del país, como a países del «mundo desarrollado». Aparece así una inicial y paulatina disminución de la eficacia del sistema que transita inevitablemente hacia el cuestionamiento de su validez⁵⁸, que per-

delineada en la Constitución de la República» (ROJAS LIMA, *El Derecho consuetudinario en el contexto de la etnicidad guatemalteca*, Cuadernos de Derechos Humanos de la Procuraduría de los Derechos Humanos, p. 13).

⁵⁶ «El alcalde auxiliar es considerado en la ley únicamente como un *delegado* de la municipalidad, mientras que para la mayor parte de los miembros de las aldeas, el alcalde auxiliar es un *representante* de la comunidad ante la municipalidad y cualquier otra instancia extralocal [...]. La importancia y funciones de la alcaldía auxiliar ha trascendido lo especificado por la ley y ahora constituyen uno de los ejes de cohesión más sobresalientes en las comunidades aldeanas. Así se puede decir que en todas las comunidades estudiadas los alcaldes auxiliares son la máxima autoridad [...]» (ESQUIT y GARCÍA, *El Derecho consuetudinario, la Reforma Judicial y la implementación de los Acuerdos de Paz*, p. 50).

⁵⁷ «From the 1970s the armed conflict seriously debilitated the traditional indigenous municipality since the military systematically murdered many indigenous leaders and forcefully replaced other with candidates that suited the military regime. During the same period, massive forced displacement, the rapid growth of evangelical churches and later economic migration transformed previously homogenous towns into multiethnic, multilingual, and religiously diverse entities [...]» (HESSBRUEGGE, J. A., y OCHOA GARCÍA, F., *Mayan Law in Post-Conflict Guatemala*, Inédito, p. 11).

⁵⁸ «La prueba de la existencia de un sistema jurídico tiene que extraerse, por lo tanto, de dos diferentes sectores de la vida social. El caso normal, no problemático, en que podemos decir con confianza que existe un

mite afirmar que nos encontramos ante sistemas jurídicos en estado crítico o patológico, si empleamos la terminología de HART.

Y desde el positivismo de HART, esa desobediencia por parte de los sujetos que se integran en un sistema jurídico se configura como amenaza directa para su supervivencia. La esencia última del Derecho, como herramienta de ordenación de la vida en sociedad, depende siempre en último término de los integrantes de tal grupo social, mientras que las injerencias y cuestionamientos externos, emanados de un sistema jurídico distinto como sería el sistema jurídico oficial respecto de los sistemas jurídicos indígenas, son en sí mismos incapaces para terminar con el sistema. Sólo de forma mediata, en tanto impacten en los sujetos titulares de ese sistema y les conduzcan a renegar del mismo, puede afirmarse su potencial capacidad extintiva. Si retomamos las reflexiones de HART en torno a las reglas de reconocimiento de un sistema jurídico podemos clarificar esta afirmación. La regla de reconocimiento establece los criterios de validez de todas las reglas que integran un sistema jurídico, y se asienta en último término, en los Estados democráticos, en un pacto social, en el consenso entre los integrantes de la sociedad destinataria de ese sistema jurídico. Tal validez viene determinada en general, por tanto, por los sujetos a los que se aplican las reglas del sistema y, de modo particular y más intenso, por los sujetos que como autoridades se encargan de hacer cumplir las normas del sistema. Si unos y otros, asumidos los criterios de validez que incorpora la regla de reconocimiento última, cumplen y hacen cumplir las reglas, el sistema es eficaz. Si no las cumplen, el sistema es inútil y podrá concluirse que las pautas de validez que fijaba la regla de reconocimiento han dejado de serlo. De acuerdo con ello, desde un sistema jurídico ajeno no pueden fijarse las reglas de reconocimiento, y en el momento en que crea visualizarse algo así, lo que habrá sucedido en realidad será que ese otro sistema ya no es otro, no es ajeno, sino parte integrante de aquél que fija las reglas últimas de validez. En íntima conexión con lo anterior cabe afirmar que la eficacia de un sistema dado se producirá, como situación empírica que es, con independencia de su apreciación o no desde otro sistema. Y las interferencias que desde ese otro sistema se produzcan en esa eficacia sólo incidirán mediatamente, esto es, en tanto desde la perspectiva interna del sistema jurídico en cuestión se de cabida a esas intrusiones, convirtiéndolas con ello en parte integrante del sistema⁵⁹.

sistema jurídico, es precisamente aquél en que resulta claro que los dos sectores son congruentes en sus respectivos intereses típicos frente al derecho. Dicho toscamente, ocurre aquí que las reglas reconocidas como válidas al nivel oficial son generalmente obedecidas. A veces, sin embargo, puede haber un divorcio entre el sector oficial y el sector privado, en el sentido de que ya no hay una obediencia general a las reglas que son válidas según los criterios de validez usados por los tribunales» (HART, *El concepto de Derecho*, p. 146).

⁵⁹ Incluso si las intrusiones externas son de tal nivel de violencia que acaban extinguiendo al grupo social en cuestión, su incidencia en lo jurídico seguirá siendo mediata, a través de la extinción del grupo y como consecuencia de ello, y no como inferencias directas en lo estrictamente jurídico.

Eso sucede con las normas que, emanadas desde el sistema jurídico oficial guatemalteco, han sido interiorizadas por las poblaciones indígenas y reconocidas como válidas y eficaces. Podría así pensarse que, desde el momento en que se produce esa asimilación por parte de la comunidad indígena, las normas del sistema oficial forman parte también del sistema jurídico indígena, y de ese modo busca este sistemas un mecanismo de integración y de evolución considerado válido desde sus propias reglas de reconocimiento.

Esto son, evidentemente, consideraciones vertidas desde una perspectiva conceptual que parte, en un panorama teórico, de la visión de ambos sistemas en un plano de igualdad. Ciertamente la asimilación de las normas propias de otro sistema que puede desembocar en la extinción del sistema invadido, aunque en ocasiones sea fruto de una aceptación voluntaria –por haberse constatado cualidades más apropiadas en ese sistema⁶⁰–, la mayoría de las veces acontecerá de manera forzada, al sucumbir el grupo social en cuestión a las presiones, más o menos poderosas y más o menos violentas, recibidas desde ese otro colectivo social. Pero aún siendo conscientes de eso, también debemos serlo de que *strictu sensu* cada sistema jurídico debe su pervivencia al reconocimiento y cumplimiento de las normas que lo integran por parte del grupo social destinatario de dicho sistema, por más que dicho grupo se halle sometido o controlado por otro, siempre que desde ese otro grupo, claro está, se permitan unos mínimos márgenes de libertad de decisión y actuación.

Al realizar estas reflexiones a propósito de las normas de los pueblos indígenas, la conclusión puede llevarnos por derroteros absurdos. Si, como hemos analizado, los sistemas jurídicos de las poblaciones indígenas cumplen con los postulados de validez de un sistema jurídico que propone HART, podremos decir que se hallan vigentes en tanto esos sistemas sean, además, eficaces. Y si su eficacia, como parece evidenciarse, se encuentra actualmente debilitada por la progresiva huída de los sujetos destinatarios del sistema hacia otra identidad cultural y, con ello, hacia otros sistemas jurídicos, la conclusión a extraer, atendiendo al protagonismo que en la subsistencia o extinción del sistema jurídico le hemos reconocido al grupo social creador y aplicador de dicho sistema, podría aparecer, en primer término, como desoladora: la reacción ante esa huída, a fin de evitar la destrucción del sistema jurídico en cuestión, deberá producirse desde los pueblos indígenas, que son los únicos legitimados para mantener o extinguir su sistema jurídico y, por eso mismo, los únicos responsables de que la situación de provisionalidad y transición en que se halla el sistema concluya bien con su resurgimiento, transformado y adaptado, bien con su extinción definitiva.

⁶⁰ Eso sucede, por ejemplo, cuando un sistema jurídico presenta lagunas en algunas materias necesitadas de regulación, o cuando se enfrenta a la necesidad de transformar normas desfasadas a consecuencia de cambios sociales no reflejados jurídicamente que, por haberse producido antes en otro sistema, reciben una respuesta jurídica apoyada en la que se observa en ese otro sistema.

Pero esa conclusión, a todas luces tajante y poco viable, olvida que la renuncia al propio sistema normativo por parte de la población indígena viene, en buena medida, forzada por la reiterada negación de la naturaleza jurídica de las normas indígenas, por parte de las clases sociales dominantes, y con ello la no pertenencia de tales normas al sistema jurídico oficial, de naturaleza positivista. Eso provoca en los sujetos indígenas la convicción de que para una mejor, que no óptima ni suficiente, protección de sus derechos individuales, resulta más eficaz el sistema jurídico oficial, generándose así una cada vez mayor huída hacia dicho sistema jurídico oficial a fin de garantizar, siquiera en un grado mínimo (y seguro que insuficiente, pero superior al que pueden recibir en su propio sistema actualmente) sus derechos fundamentales como individuos, sacrificando así sus derechos colectivos como comunidad con identidad cultural y jurídica propia. Ante tal realidad bien puede concluirse afirmando que el Estado es responsable, en buena medida, del debilitamiento progresivo de los sistemas jurídicos indígenas. Ello debido, en buena parte, a que la falta de reconocimiento por parte de autoridades y clases sociales dominantes externas al sistema repercute negativamente en el colectivo de sujetos indígenas.

Ahora bien, si según hemos comprobado, tales sistemas son efectivamente subsumibles en un concepto de Derecho positivista, la revisión sobre su relación con el ordenamiento jurídico oficial debe realizarse bajo parámetros distintos a los propuestos por aquellos que niegan el encaje de tales normas en dicho ordenamiento, puesto que no cabe sostener que no pueden incorporarse al sistema por no ser jurídicas. La cuestión a resolver a continuación es por tanto, a la luz de las conclusiones alcanzadas hasta aquí, la de la integración de las normas indígenas en el ordenamiento jurídico guatemalteco, y qué consecuencias tiene eso para el propio Estado. Y para ello se impone la revisión con mayor detalle de las normas que dentro del sistema jurídico oficial de Guatemala se refieren a la realidad indígena, a fin de determinar cómo conciben las normas propias de las comunidades indígenas y qué posibilidades pueden inferirse de ello en relación al reconocimiento y eficacia de dichas normas.

IV. LA INTEGRACIÓN DE LAS NORMAS INDÍGENAS EN EL SISTEMA JURÍDICO GUATEMALTECO

Si en el ordenamiento guatemalteco no existiese ninguna norma que reconociese la existencia de las reglas de los pueblos indígenas, aún siendo dicha omisión rechazable desde ámbitos ideológicos, éticos y políticos, nada cabría recriminar desde una visión positivista del Derecho. Dichas normas de los pueblos indígenas serían un elemento ajeno al sistema jurídico guatemalteco y, por ello, irrelevantes para la validez y funcionamiento del mismo. Sin embargo, por hallarse reconocida constitucionalmente la existencia de normas propias de los pueblos indígenas, cabe preguntarse

cuál es el grado de ese reconocimiento, qué función deben cumplir al respecto los poderes públicos y, finalmente, qué consecuencias acarrea todo ello dentro del sistema jurídico oficial del Estado guatemalteco.

Parece que la respuesta afirmativa se impone sin necesidad de forzar justificaciones. Desde preceptos constitucionales se impone el reconocimiento acerca de la existencia de las normas de los pueblos indígenas. De manera clara se deduce así del artículo 66. Ubicado en la Sección Tercera del Capítulo Segundo, que lleva por título el de «Comunidades Indígenas», no puede ser más claro al proclamar con contundencia que «[...] *El Estado reconoce, respeta y promueve sus formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social* [...]». Sin lo dicho hasta ahora, podríamos entrar en la tantas veces repetida discusión acerca del carácter jurídico o no de esas «*costumbres, tradiciones, formas de organización social*», para encontrarnos antes o después ante la oposición entre extremos conceptuales irreconciliables por aferrarse a pautas de validez de lo jurídico cualitativamente distintas, sin que pueda argumentarse de modo absoluto el acierto o desacierto total de una de ellos. Sin embargo, tras el análisis de las normas indígenas a la luz del modelo de HART, podemos afirmar que el positivismo que subyace como fundamento teórico a los que niegan la condición jurídica de tales normas conduce por el contrario a la constatación de que dichas normas encajan en la categoría de lo que HART denomina Derecho o sistema jurídico. Y siendo ésa su naturaleza, el reconocimiento por parte del sistema jurídico oficial a través del artículo 66 de la Constitución permite sostener, desde un positivismo basado en HART, que la norma suprema del Estado de Guatemala, aquélla que define su organización jurídica y política, incorpora al sistema jurídico oficial el bloque de normas vigentes para los pueblos indígenas.

Avancemos un poco más, y preguntémonos qué trascendencia tiene para los poderes públicos la pertenencia de las normas indígenas al ordenamiento jurídico guatemalteco.

Desde el positivismo al que pertenece HART, que como teoría legal sustenta la posición monista del Estado en Guatemala, y aclarada la pertenencia de tales normas al sistema jurídico estatal, se impone la pregunta acerca de su eficacia. Si desde la óptica interna de los sistemas jurídicos indígenas hemos constatado un progresivo debilitamiento y una incipiente fractura de la regla de reconocimiento, directamente imputable a los individuos sujetos a esos sistemas, ahora se puede realizar una imputación parecida respecto de los poderes públicos guatemaltecos. Reconocidas las normas como reglas integrantes del ordenamiento jurídico guatemalteco, las autoridades estatales ostentan un innegable deber de aplicación de tales normas, en tanto que se convierten, por su posición pública, en los últimos garantes de la eficacia del sistema, siempre, claro está, que la regla de reconocimiento suprema mantenga su valía como tal para el conjunto de la sociedad.

No parece que esa función pública se esté desempeñando con demasiada convicción. El artículo 66 y su referencia a que el Estado reconoce, respeta y promueve las costumbres, tradiciones y formas de organización social, no ha tenido ningún desarrollo legislativo o jurisprudencial, en lo que a las normas indígenas se refiere, hasta la fecha. No cabe, a propósito de tal omisión difícilmente justificable, afirmar la naturaleza estrictamente programática del precepto. Parece evidente que la terminología empleada en el mismo («reconoce, respeta y promueve») denota una conducta activa por parte del sujeto del que se predicen, esto es, el Estado. Más aún cuando resulta que se utilizan en tiempo presente, no futuro ni pasado, imponiendo con ello al Estado guatemalteco un deber constante en este sentido. Para despejar cualquier duda que todavía pudiera albergarse al respecto, en la misma Sección Tercera del Capítulo Segundo se incluye, a modo de cierre, otro precepto de tenor taxativo que confirma el deber activo del Estado en este sentido. Se trata del artículo 70 que dispone que «Una ley regulará lo relativo a las materias de esta sección».

La omisión por parte de los poderes estatales de sus funciones a este respecto es evidente. Tal incumplimiento ya es por sí solo preocupante, y al mismo se suma el también incumplimiento de lo establecido en los artículos 44 y 46 respecto a la prevalencia de las disposiciones internacionales relativas a los Derechos Humanos y, especialmente, respecto del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes⁶¹. Este convenio se configura como piedra angular para la ubicación de las normas de los pueblos indígenas en el sistema jurídico de Guatemala. No obstante, sin perjuicio de la importancia de sus preceptos respecto al reconocimiento, respeto e integración del derecho de los pueblos indígenas (sobre todo a lo dispuesto en los artículos 1 a 12 del mismo y a su integración en el ordenamiento jurídico guatemalteco), eso no es, ni mucho menos, suficiente para la efectiva vigencia y aplicación de los derechos que recoge. Para muestra, el artículo 8, por ser el que más claramente se refiere a la cuestión jurídica. El citado precepto establece que «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».

⁶¹ Adoptado el 27 de junio de 1989 y ratificado por Guatemala el 5 de marzo de 1996 tras la emisión de una opinión favorable por parte de la Corte de Constitucionalidad el 18 de mayo de 1995 pronunciada en audiencia pública el 25 del mismo mes y año (Opinión consultiva emitida por solicitud del Congreso de la República, Gaceta No. 37, expediente No. 199-95, página No. 9, resolución: 18-05-95).

Su simple lectura basta para constatar que el Convenio, más allá de su importancia como instrumento programático, requiere para un efectivo reconocimiento de la existencia y vigencia de las normas de los pueblos indígenas su posterior desarrollo a través del Derecho interno⁶². Ello en sintonía, además, con la interpretación auténtica que sobre los artículos 44 y 46 de la Constitución realizó en su momento la Corte de Constitucionalidad, a propósito de la integración de este Convenio en el ordenamiento guatemalteco⁶³. Dicha opinión, de modo un tanto forzado, sostiene que sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 46 sobre la supremacía de las disposiciones internacionales sobre Derechos Humanos, tales disposiciones no tienen un efecto derogatorio o anulador de los preceptos del ordenamiento jurídico interno, y sólo ingresan técnicamente en el mismo cuando, tratándose de normas que superan el haz de derechos y garantías que la Constitución expresamente reconoce a la persona, sean recibidos en la legislación nacional⁶⁴. E indudablemente, si el eje fundamental de los derechos de las comunidades indígenas, recogido en la Sección Tercera del Capítulo II de la Constitución no se ha plasmado en el cumplimiento de ese deber activo de promoción a través de leyes específicas, tampoco al contenido del Convenio 169 se le ha dado cabida en la legislación nacional. Para comprobar tal incumplimiento puede procederse a la lectura de los artículos 1 a 12 del Convenio 169, y en especial de su artículo 8, para constatar sin mucha dificultad que sus previsiones respecto a las normas que rigen la vida de las comunidades indígenas denotan un estadio cualitativamente más avanzado que el reflejado en el ordenamiento jurídico guatemalteco.

⁶² Lo afirma sin dudas ZAPETA, J. A., de la Fundación Rigoberta Menchú Tum, al escribir que «(d)efinitivamente el Convenio 169 es una normativa general y le falta reglamentación específica» (*La ratificación y aplicación del Convenio 169 de la OIT en Guatemala*, Fundación Rigoberta Menchú Tum, <http://www.frmt.org>).

⁶³ Podría pretenderse, en contra de lo aquí sostenido, que el Convenio 169 de la OIT no es un convenio sobre Derechos Humanos, debido a su promulgación por parte de un organismo internacional que tiene otros fines legalmente reconocidos. Resulta en mi opinión un argumento poco consistente, pues ratificado con el Convenio por el Estado guatemalteco lo cierto es que queda integrado en su derecho interno, sea en su origen un Convenio sobre Derechos Humanos o no, y se convierte en una norma interna incumplida por carecer del desarrollo específico que requiere.

⁶⁴ «Al respecto, esta Corte ha considerado [...]. En primer término, el hecho de que la Constitución haya establecido esa supremacía sobre el derecho interno, debe entenderse como su reconocimiento a la evolución en materia de derechos humanos, pero su jerarquización es la de ingresar al ordenamiento jurídico interno aquellas normas que superen al reconocimiento explícito de los derechos que ella posee, pero nunca con potestad reformadora y menos derogatoria de sus preceptos por la eventualidad de entrar en contradicción con normas de la propia Constitución, y este ingreso o recepción a la legislación nacional se daría, por lo tanto, no por la vía del artículo 46, sino por la del primer párrafo del artículo 44». (Corte de Constitucionalidad, 18 de mayo de 1995, audiencia pública el 25 del mismo mes y año [Opinión consultiva emitida por solicitud del Congreso de la República, Gaceta No. 37, expediente No. 199-95, página No. 20, resolución: 18-05-95]).

V. A MODO DE CONCLUSIÓN: INCUMPLIMIENTO DE LOS MANDATOS CONSTITUCIONALES SOBRE COMUNIDADES INDÍGENAS Y QUIEBRA DEL ESTADO DE DERECHO

Ante tal panorama, los posicionamientos ideológicos, políticos o morales pueden ser variados, pero lo cierto es que desde la perspectiva estrictamente jurídica del Derecho oficial, de corte positivista, y con ello del Estado de Derecho, la cuestión es de una gravedad nada desdeñable. Los poderes del Estado incumplen el mandato constitucional, y cuestionan de ese modo la regla de reconocimiento última y superior del sistema jurídico en la que se asienta la Constitución como norma suprema del ordenamiento. Podrá argumentarse en contra aduciendo que tal incumplimiento no se produce, que el artículo 66 se limita a realizar una declaración de intenciones, un tanto programática y no vinculante, que ya se cumple y no exige ulterior desarrollo legislativo, añadiendo que tampoco se vulnera el art. 44 al no incorporar mediante legislación nacional el Convenio 169, por no contener éste más derechos y garantías para la persona que los que ya figuran en la Constitución. Pero lo cierto es que por más subterfugios justificativos que se esgriman, la inobservancia de los mandatos constitucionales quiebra aquella regla de reconocimiento última y suprema produciendo, a su vez, el cuestionamiento de las sucesivas reglas y criterios de validez, éstos ya internos, de todo el sistema jurídico.

¿Qué trascendencia tiene, para el propio sistema jurídico guatemalteco, un incumplimiento de tal naturaleza por parte de los poderes estatales?

Lo cierto es que más allá de la vulneración de los derechos de los pueblos indígenas, que puede ser una cuestión de relativa trascendencia para algunos sectores, la vulneración de mandatos contenidos en la regla suprema del ordenamiento ataca la propia eficacia y validez del mismo y, con ello, a la del Estado de Derecho. Si las autoridades estatales infringen la Constitución, en todo o en alguna de sus disposiciones, están cuestionando la base fundante de esa Constitución. El sistema jurídico, entonces, se vuelve incierto, porque quedan en entredicho sus criterios de validez y, por tanto, las pautas para reconocer qué es lo legítimo desde una lógica interna. Al propagarse esa conducta desde los poderes públicos, el ciudadano recibe el mensaje de que el sistema formalmente establecido no es el efectivamente aplicado. Surge así una esquizofrenia entre lo válido y lo aplicado, lo formulado y lo actuado, que quiebra primero la legitimidad de los poderes públicos y a continuación la del sistema jurídico.

Aunque eso no se produce de modo automático e irreparable, sino en forma de deterioro progresivo, comienza a ser preocupante, y puede visualizarse, por ejemplo, en los altos porcentajes de corrupción e impunidad presentes en el Estado guatemalteco.

teco, o en las cifras crecientes de violencia e inseguridad en las ciudades. Y aunque la causa directa de ese descrédito del sistema jurídico oficial no se encuentra en la pasividad estatal respecto a los sistemas jurídicos indígenas, cabe pensar que la pasividad a ese respecto se suma, como incumplimiento inconstitucional, a otras vulneraciones del ordenamiento jurídico. Todas ellas confluyen en la generación de un debilitamiento de lo jurídico y del Estado de Derecho, de la sociedad en su conjunto y del país, que obstaculiza enormemente los intentos de desarrollo e integración en un mundo globalizado que impone la presencia de un auténtico y efectivo Estado de Derecho, que sea algo más que una proclama formal, como requisito para el logro de una posición de cierta autonomía y respeto en el marco de la relación con otras naciones. Y ese propósito, a buen seguro, se incluye entre los anhelos de los poderes públicos guatemaltecos.