

Eva Kalny

Debatiendo derechos consuetudinarios: herencias coloniales en las ciencias sociales y en las luchas políticas

I. El origen de la discusión

En la Guatemala poscolonial, el posible reconocimiento del derecho consuetudinario indígena se empezó a discutir en la década de los años 90 del siglo XX, o sea, después del genocidio y durante la última fase de la guerra civil. Las preocupaciones que llevaron a esta discusión eran multifacéticas:

Debido a iniciativas de la sociedad civil, 626 masacres cometidas en su gran mayoría por el Estado durante la guerra civil fueron documentadas. Sin embargo, la persecución jurídica y de estos crímenes y de otros crímenes de lesa humanidad como las desapariciones forzadas, tortura o asesinatos se quedaron impunes. Como consecuencia de esta y otras experiencias con el sistema jurídico estatal, éste carecía de credibilidad y legitimidad en (y afuera de) las comunidades indígenas.

En la vislumbre del fin de la guerra, abundaban las armas y las personas con entrenamiento militar pero con poca formación laboral, mientras que las oportunidades laborales eran escasas. Como consecuencia, aumentó drásticamente el nivel de criminalidad común como asaltos, asesinatos, extorsiones o linchamientos.

Como consecuencia, se anhelaba encontrar una solución para reestablecer el tejido social y cierto nivel de seguridad en una sociedad marcada por la experiencia traumática de una guerra de más de tres décadas. Esto incluyó la (re)creación de sistemas jurídicos accesibles y confiables a nivel local como alternativa a un sistema jurídico corrupto, de poca credibilidad y disfuncional para las mayorías. El derecho consuetudinario indígena prometía poder llenar este vacío creado por un Estado disfuncional, excluyente y elitista.

En las ciencias sociales, este desarrollo fue acompañado por discusiones acerca de las características de estos sistemas jurídicos. El punto de partida de estos debates académicos era la pregunta, si de verdad se podía hablar de derecho, reflejando de esta manera los debates públicos en Guatemala y otros países de la región. Desde el punto de vista jurídico, se podían identificar características como discursos prescriptivos, la amenaza con violencia y la creación de funcionarios reconocidos por la comunidad para reconocer la existencia de sistemas jurídicos (por ej. Correas 1994). Desde la antropología, el enfoque se concentraba en la observación de un conjunto de fenómenos como la existencia de estructuras de organizaciones, ideas culturales, una combinación de principios, directrices, reglas de preferencia y reglamentos en combinación con conceptos de moral y causalidades. O sea, un acercamiento al fenómeno del derecho consuetudinario indígena marcado por una definición que abarcaba un conjunto de ideas conocido y aplicado por la mayoría de un determinado contexto social y cultura (Moore 1985 en: Ruiz Bybee, Hawkins, McDonald, & Adams, 2013: 97). De estos debates surgieron investigaciones sobre:

(1) el funcionamiento del derecho consuetudinario (normas, instituciones -como un concejo de ancianos, etc., los procedimientos o procesos -ceremonias, castigos, reconciliación, etc.) y su posible reconocimiento por el Estado.

(2) la diversidad en las normas pronunciadas y aplicadas en diferentes regiones del país, y

(3) más tarde, el uso del derecho consuetudinario en conflictos por megaproyectos y el medio ambiente, con referencia al derecho a las consultas de acuerdo al Convenio 169 de la OIT.

II. La situación actual

A más de dos décadas después de la firma de los acuerdos de paz, el reconocimiento del derecho consuetudinario indígena se ha logrado en parte. Sin embargo, la discusión política y pública sigue siendo polarizada, y las reformas constitucionales necesarias se han estancado. Igual como en las décadas anteriores, se puede observar cierta consonancia en la selección de temas discutidos en el congreso, los medios de comunicación y en la antropología. Estos temas incluyen

- (1) los castigos físicos como azotes o arrodillarse frente a la comunidad
- (2) los linchamientos que a veces ocurren en territorios indígenas
- (3) cuestiones de género, incluyendo diferentes normas y reglas aplicadas para juzgar el comportamiento de mujeres u hombres
- (4) la pregunta de definición y denominación del derecho consuetudinario indígena observado: es indígena (Maya, Xinca, Garífuna) o producto del colonialismo? Es tradición ancestral o tradición inventada?
- (5) para quién aplican las normas?

Las discusiones acerca de las reformas a la constitución en el congreso en el año 2017 abarcaron entre otros temas el posible reconocimiento del derecho consuetudinario indígena.

Los debates polarizados incluían preguntas como la siguiente: “Ejemplo, si yo voy a Totonicapán y por error causo un accidente automovilístico, ¿con qué leyes me van a juzgar, la del Estado de Guatemala o la de Totonicapán?” - “Eso puede ser el peligro de estar en el lugar equivocado en el momento equivocado...” (Peralta y Ortiz 2017). Este ejemplo muestra claramente la falta de conocimiento de la jurisprudencia correspondiente, ya que la Corte de Constitucionalidad ya decidió que para ser sometido al derecho consuetudinario, hay que “ser miembro, así como poseer y mantener un sentido de pertenencia a su comunidad” (Corte de Constitucionalidad, 2016).

Investigaciones antropológicas han demostrado que los casos de linchamiento, también invocados como argumento contra el reconocimiento del derecho consuetudinario indígena, por lo general se dan en contextos donde se observa una ausencia de autoridades indígenas y una falta de mecanismos para aplicar el derecho consuetudinario en una situación de ausencia de un sistema jurídico estatal eficaz (Ruiz Bybee et al., 2013). Y mientras que los azotes forman parte de los discursos legales en el derecho consuetudinario indígena, la frecuencia de su aplicación no se conoce.

Los discursos muestran que el derecho consuetudinario indígena es percibido como amenaza al funcionamiento del Estado y del sistema legal del Estado. Sin embargo, esta postura omite un análisis del sistema estatal y sus limitaciones.

III. Descolonizar el debate

Los debates sobre el derecho consuetudinario indígena enfocan preocupaciones y prejuicios de la población mestiza y blanca, o para afirmarlos o para contradecirlos. Estos análisis y discusiones suelen omitir la comparación con el sistema legal estatal existente.

(1) Mientras que se critica o pregunta, para quién aplica el derecho consuetudinario indígena, en un país en el cual por lo menos la mitad de la población es indígena no se critica la exclusión de la población indígena en la creación del sistema jurídico estatal. Al mismo tiempo, este sistema estatal no es denominado derecho mestizo o ladino. De esta manera se oculta su origen colonial y su función para la dominación de la mayoría de la población – no es hasta la revolución de octubre del 1944, que la población indígena recibe el mismo estatus legal como la población mestiza y blanca (poniendo fin al trabajo forzoso y otorgando derechos electorales, etc.). Durante la guerra civil se imponen reglamentos estatales como el reclutamiento forzoso o la creación de “aldeas modelo”, dirigidos específicamente contra la población indígena.

(2) Mientras que se argumenta que el derecho indígena consuetudinario es más accesible, entre otras razones, por la ausencia de la corrupción, esta corrupción, documentada por lo menos desde el siglo XIX (Goldman 2009: 18), no se caracteriza en estos debates como un derecho consuetudinario mestizo.

(3) No se incluye en el debate el hecho que también comunidades mestizas, confrontadas con la ausencia del Estado, pueden tener mecanismos de un derecho consuetudinario. Esto concierne la población mestiza en el altiplano pero sobre todo en el oriente o norte del país. Sin embargo, sus prácticas no son reconocidas ni protegidas legalmente.

(4) Mientras que se discuten castigos físicos como azotes como inhumanos o contra los derechos humanos, el Comité contra la Tortura de la ONU describe prácticas de tortura cometidas por agentes policiales que incluyen “prácticas de asfixia con bolsas impregnadas con gas pimienta y descargas eléctricas” así como acoso y violencia sexual durante la detención y en los cárceles (Comité contra la Tortura 2018: 2). Adicionalmente es sabido que el crimen organizado ejerce un control significativo dentro del sistema penitenciario. Casos jurídicos contra autores intelectuales y fácticos de tortura son sumamente difíciles e implican riesgos significativos para los acusadores y los jueces. El enfoque en los latigazos desavía también la atención de los intentos repentinos del legislativo de fortalecer la impunidad por los crímenes cometidos durante la guerra civil.

(5) De la misma manera, el enfoque en la desigualdad entre mujeres y hombres indígenas en diferentes sistemas del derecho consuetudinario indígena desavía la atención de los intentos repentinos del legislativo de fortalecer posturas discriminatorias y conservadoras como la iniciativa de la ley 5272 “Ley para la protección de la vida y la familia”.

(6) Mientras que el enfoque se dirige a la divergencia de sistemas de derecho consuetudinario indígena con el sistema jurídico estatal como un peligro para este último, se omite ver las prácticas de una élite política y económica que no se adhiere a los principios de un Estado de derecho democrático. Sin embargo, ésta tiene mucho más capacidad de mantener una “impunidad del poder” con profundas raíces históricas (CICIG 2019: 105f), haciendo uso del sistema estatal o pasándose por alto del Estado. Esto incluye iniciativas de cambios de leyes para influir en la elección de jueces para asegurar y mantener esta impunidad.

De tal manera, las discusiones sobre el derecho consuetudinario indígena deben de ser ampliadas e incluir un análisis del sistema jurídico estatal para contextualizar el debate y no

reforzar la tradición colonial y poscolonial de subyugación de esta población a un Estado elitista y excluyente.

Dr. habil. Eva Kalny es antropóloga y socióloga con especialización en derechos humanos, estudios de género y teorías poscoloniales. Su tesis de doctorado se basa en extensa investigación de campo y discute varios aspectos del derecho consuetudinario en Guatemala. Actualmente es profesora visitante "Sir Peter Ustinov" en la universidad de Viena, Austria (<http://www.ustinov.at/eva-kalny>).

Referencias bibliográficas

CICIG (2019): *Guatemala: Un Estado capturado. Informe temático*. Guatemala: CICIG.

Comité contra la Tortura (2018): *Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de Guatemala CAT/GTM/CO/7**. New York: UNO.

Correas, Ó. (1994): "La teoría general del derecho frente al derecho indígena", en: *Crítica Jurídica*, 14, 15-31.

Corte de Constitucionalidad (2016): *Apelación de Sentencia. Expediente 1467-2014*.

Goldman, F. (2009): *El arte del asesinato político. ¿Quién mató al obispo?* Barcelona: Editorial Anagrama.

Peralta, A. / Ortiz, E. (2017, 27.2.2017): "Reforma constitucional en Guatemala para incluir la «justicia indígena»: más inseguridad jurídica", en: *PanAm Post*. <https://es.panampost.com/adriana-peralta/2017/02/27/reforma-incluir-la-justicia-indigena/>

Ruiz Bybee, E. / Hawkins, J. P. / McDonald, J. H. / Adams, W. R. (2013): "Saved from being lynched". Reinvention of customary law in Nahualá", en: J. P. Hawkins / J. H. McDonald / W. R. Adams, eds, *Crisis of governance in Maya Guatemala. Indigenous Responses to a Failing State*. Norman: University of Oklahoma Press. Pp. 86-114.