

APORTE AL ESTUDIO DEL DERECHO INDÍGENA: EL MUNICIPIO COMO FRONTERA

César Ricardo Crisóstomo BARRIENTOS PELLECCER*

SUMARIO: I. *La conquista*. II. *Cultura y derecho*. III. *Derecho indígena*. IV. *La pervivencia del derecho indígena*. V. *El Ayuntamiento u organización municipal*. VI. *Las Leyes de Indias*. VII. *El régimen liberal*. VIII. *Los contenidos de los Códigos de Livingston*. IX. *La derogatoria de los Códigos y la restauración de las Leyes de Indias*. X. *El Municipio como frontera*.

Es un hecho del dominio público que el municipio constituye parte vital del sistema organizacional de la sociedad y de la estructura jurídica de las poblaciones indígenas y que ha desempeñado un papel de primer orden en la conservación de la visión y la cultura natural, y hasta que le fuera separada la justicia de paz, en la Constitución de 1985, una institución fundamental para la aplicación y desarrollo del derecho indígena.

Esta es una realidad considerada en casi todos los estudios jurídicos, antropológicos o sociológicos. Tomaremos sólo algunos ejemplos:

* Doctor en derecho, Universidad Carlos III de España. Catedrático de Derecho procesal en Nicaragua, Honduras y Guatemala. Autor de manuales y módulos de derecho procesal.

a) El connotado investigador José Emilio Rolando Ordóñez Cifuentes, en su reciente trabajo *El derecho indígena en Mesoamérica*, nos refiere que:

En el informe “Alcaldes comunales de Totonicapán”, se considera que pese a los efectos de trasculturización, Totonicapán ha mantenido sus valores culturales, su forma de vida y su organización social... También se han apropiado de instituciones jurídicas estatales para beneficio común...¹

Investigaciones sobre la autoridad y gobierno, afirman que en el Pueblo Kaqchikel de Sololá, “se mantiene la estructura de autoridad indígena, con otra modalidad que no corresponde exactamente a la estructura original de la autoridad maya...”²

b) En el estudio *La ley de los santos*, de Rubén E. Reina, encontramos que el pueblo de Chinautla, por más de 400 años, preservó su sistema cultura “que no es puramente maya ni puramente español, sino una manera de vida que combina ambas y que ha durando hasta el siglo XX”.³ El Municipio como estructura civil, “está íntimamente ligada con la estructura de las sociedades religiosas o cofradía”.⁴ Ello, a pesar de las modificaciones nacionales, advierte el investigador.

En uno de los ensayos pioneros de la antropología social de Guatemala, Sol Tax señala que

todos los indígenas originarios de un mismo municipio son estrictamente parte de esa comunidad, usan más o menos el mismo vestuario, hablan un dialecto común que muchas veces difiere de los dialectos de sus vecinos; se ocupan en la misma actividad

¹ Ordóñez Cifuentes, José Emilio Rolando, *Derecho indígena en Mesoamérica*, México, Tinta Negra Editores, 2007, p. 57.

² *Idem*.

³ Reina, Rubén E., *La Ley de los santos*, Guatemala, José de Pineda Ibarra, 1973, p. 14.

⁴ *Ibidem*, p. 123.

económica favorita del lugar; participan en la organización política-religiosa y tienen costumbres y creencias comunes.⁵

Raquel Irigoyen Fajardo, citada por Ordóñez Cifuentes, considera que el derecho indígena es un sistema legal que tiene:

- a) una función normativa o de regulación de la vida social.
- b) Una función de resolución de conflictos, a la que también se le puede llamar función jurisdiccional o de justiciabilidad.
- c) Una función ejecutiva general y de organización del orden particular.
- d) Una función interna de funcionamiento.⁶

Las razones o las causas de la función descrita las encontramos en la historia de la institución, como veremos adelante.

I. LA CONQUISTA

En el momento de la conquista española a finales del siglo XV, Centroamérica estaba habitada por grupos indígenas de dos tipos culturales: cacicazgos (teocráticos y militaristas) y tribus,⁷ que pueden clasificarse, según si:

- 1) Eran nómadas o sedentarias.
- 2) Por la forma de organización, en bandas, clanes, tribus, cacicazgos, señoríos y federaciones, y estados en formación.⁸

Los cacicazgos eran comunidades integradas por varias tribus, o un amplio número de familias o pueblos, dedicados esencial-

⁵ Tax, Sol, *La visión del mundo y las relaciones sociales en Guatemala, cultura indígena en Guatemala. Ensayos de antropología social*, Guatemala, Ministerio de Educación Pública, 1956, p. 99.

⁶ Ordóñez Cifuentes, *op. cit.*, nota 1, p. 49.

⁷ Newson, Linda, *El costo de la conquista*, Gauyumuras, Honduras, 2000, p. 30.

⁸ Villamarin, Juan y Villamarin, Judith, *El trabajo indígena, su papel en la organización social y política prehispánica y colonial. Para una historia de América. Los nudos*, México, Fondo de Cultura Económica, 1999, vol. 2, p. 14.

mente a la agricultura y con cierto tipo de organización política de carácter despótico y teocrático. Sus gobernantes lo eran en forma hereditaria y la tierra cultivable de la comunidad era asignada por el llamado sistema de milpas, es decir, otorgada en pequeñas parcelas a familias para su cultivo, esto significa que no fueron utilizadas o explotadas bajo los conceptos que conocemos de propiedad privada.⁹ Contaban con centros administrativos, religiosos y de mercado. Eran sociedades con formas de organización religiosa, política, militar y legal.

Según Mario Monteforte Toledo,¹⁰ la estructura piramidal de esta sociedad estaba conformada en forma descendente por los sacerdotes, los señores jefes militares y la burocracia. Siguen los comuneros, los pequeños propietarios, los trabajadores a quienes se pagaba en especie y los esclavos, situación en que se caía por motivo de las guerras y la comisión de delitos.

Existía una estructura social vertical y tiránica, pero la producción fundamental no se basaba en la explotación de esclavos, sino en la actividad de personas libres que integraban lo que se conoce como *calpules*, que eran barrios o grupos de familias dedicadas esencialmente a la agricultura. La esclavitud no implicaba derechos absolutos sobre la vida y la libertad, se parecía más a la servidumbre¹¹ y no era la base de la explotación económica. El concepto de esclavitud difería del utilizado en Occidente. Y la comunidad estaba cohesionada por la cosmovisión como base y razón de la existencia, la convivencia y la identidad.

La elite dirigente religiosa y militar se encargaba de conducir los ritos religiosos, impartir justicia, encabezar las guerras y organizar las defensas en los casos de invasión.

Mientras, las tribus y los clanes eran grupos sociales más pequeños, organizados de manera igualitaria que combinaban una

⁹ Sistema comunal histórico de tierras indígenas, en México, consagrado en el artículo 27 de la Constitución de 1917 bajo el concepto de ejido.

¹⁰ Monteforte Toledo, Mario, *Las formas y los días*, p. 22.

¹¹ Villamarin, Juan y Villamarin Edith, *op. cit.*, nota 8, p. 50. En Perú se conocía como *yaconaje*.

agricultura itinerante con la caza, la pesca y la recolección. Aunque existían liderazgos, éstos no eran permanentes; los ancianos de mayor sabiduría y experiencia actuaban como consejeros de la comunidad.

Fray Bartolomé de las Casas describe¹² que en la época prehispánica los clanes y las tribus formaban consejos de dignatarios que trataban las cosas dudosas y de importancia. Este consejo se integraba con tenían mejor noticia y experiencia, generalmente los ancianos.¹³ La costumbre de formar consejos perdura en numerosas comunidades indígenas. El segundo grupo cultural, más atrasado y disperso, era totalmente nómada, cazador y recolector, vivía en un estadio de evolución primitiva. Un misionero, Fray Francisco Ximénez, citado por Linda Newson, escribió de esta forma de organización social que parecía que “han vivido sin superioridad, sin ley, rey ni asiento”.¹⁴ Pero, recordemos los escritos de Colón sobre que se trataba de pueblos que amaban la paz y la tranquilidad.¹⁵ La Conquista produjo una involución, porque desarticuló la sencilla organización indígena.

La diferencia entre indígenas sedentarios acostumbrados a la convivencia social organizada y al despotismo y los que vivían silvestres al margen de esa convivencia tiene importancia en la Conquista y la Colonia, porque aquéllos son adaptados al nuevo orden, mientras los otros, casi indomables, son aislados, cuando es posible, en las misiones y la más de las veces aniquilados en los constantes enfrentamientos.

¹² Porras, Gustavo, “Formas de organización social y política prehispánicas”, *Derecho indígena. Centro de Estudios de la Cultura Maya*, Guatemala, Serviprensa Centroamericana. 1994, p. 49.

¹³ O’Gorman, Edmundo, *Fray Bartolomé Las Casas. Antropología histórica sumaria*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Históricas, 1967, vol. II, p. 150.

¹⁴ Newson, Linda, del Archivo General de Indias de Sevilla y del Archivo General de Centroamérica, AGI AG 371 Fray Ximénez 9.9.1748, Newson, Linda, *op. cit.*, nota 7, p. 105. Cita de Fray Ximénez.

¹⁵ Granzotto, Gianni, *Cristóbal Colón*, México, Javier Vergara Editor, 1985, pp. 181-202.

Por razones de control, cobro de tributos y catequización, pero también de protección, las poblaciones, las reducciones o las “repúblicas indígenas” fueron congregadas en poblaciones organizadas a “la manera de los municipios españoles, pero bajo el mando de autoridades indígenas encabezadas por caciques o cuaraques”,¹⁶ donde los pueblos indígenas pudieron consolidar “la formación de culturas indocoloniales de acusada personalidad”.¹⁷

II. CULTURA Y DERECHO

Todos los pueblos, con independencia del grado de desarrollo en que se encuentran, requieren condiciones para que cada una de las personas que los integran puedan:

1. Satisfacer sus necesidades, beneficiarse de la vida en común y posibilidades de recoger los resultados favorables o desfavorables de su conducta.
2. Convivir y relacionarse con las demás personas del grupo social.
3. Concursar esfuerzos para la satisfacción de intereses comunitarios.
4. Resolver conflictos entre personas.

Lo que produce la coexistencia de dos objetivos diferentes: la satisfacción de los intereses personales y los de los demás. Por eso dice Rudolf Von Ihering que “No se concibe una sociedad, aun en el sentido mundano, si los que la constituyen no ven en ello provecho”.¹⁸ El derecho surge, nos dice, por la necesidad de relacionar el propio fin (provecho personal) “con el interés del otro”,¹⁹ de lo que nace, además, la organización social.

¹⁶ Blas, Patricio de *et al.*, *Historia común de Iberoamérica*, España, Edad, 2000, p. 256.

¹⁷ *Idem.*

¹⁸ Ihering, Rudolf von, *El fin en el derecho*, Argentina, Heliasta, 1978, p. 25.

¹⁹ *Ibidem*, p. 24.

En todas las sociedades prehispánicas, como en todo grupo social, a partir de los intereses de cada persona, como lo es la satisfacción de necesidades personales, se fueron formando sentimientos de pertenencia, de amor a la naturaleza, vínculos familiares, lingüísticos, de solidaridad, comportamientos homogéneos y en general formas culturales de ser, actuar, valorar, vivir y convivir y, desde luego, formas de organización jurídica y social.

Razones antropológicas, psicológicas, históricas, jurídicas y sociológicas, permiten afirmar y aplicar la tesis citada de Rudolf Von Ihering. Por lo mismo sustentamos que los pueblos prehispánicos desarrollaron un sistema de normas que podemos de calificar jurídicas por el ejercicio de la coacción para cumplirlas cuando no se hacía voluntariamente, basadas en la tradición, la religión y la costumbre, las relaciones internas de poder, de aplicación regular, es decir, consideradas como obligatorias y cuya inobservancia afectaba la vida en comunidad o de los grupos dominantes, mezcladas con creencias religiosas por la idea de que ciertas conductas desagradaban u ofendían a los dioses o merecían premios. Pero a diferencia de la cultura occidental, lo prioritario no era la persona individual, sino la comunidad, sin que ello implicara la igualdad propuesta por el marxismo.

La existencia de ese derecho es incuestionable, pero recurrimos a los mismos conquistadores para ratificar la aseveración. Bernal Díaz del Castillo, en su *Historia verdadera de la conquista de Nueva España*, narra el orden y el concierto existente en la extraordinaria ciudad Tenochtitlán, en el mes de noviembre de 1519, cuando entraron los españoles al mando de Hernán Cortés.²⁰ Esta impresión de las ciudades indígenas se observa en distintos cronistas.

²⁰ Díaz del Castillo, Bernal, *Historia verdadera de la conquista de la Nueva España*, España, Plaza & Janés 1998, pp. 197, 198 y 201. Díaz del Castillo, conquistador y testigo de la odisea española del siglo XVI no hace mayores comentarios sobre la estructura social, económica, política y jurídica de los pueblos sometidos en lo que se llamó la Nueva España, sin embargo deja elementos de juicio como el de que Moctezuma tenía una gran casa llena de libros hechos con su papel, que se dice amal, lo que permite concluir que existió una cultura desarrollada, distinta sí a la occidental y sobre el orden existente: “des que llegamos

Es imposible pensar un orden así sin la existencia de jueces y un sistema normativo, mezclado con preceptos morales y religiosos²¹ y prácticas sociales previsibles y en su caso, coactivas.

Confirma el mismo Bernal Díaz del Castillo sus apreciaciones al referir que a la prisión donde estaba el emperador azteca: “venían con pleitos embajadores de lejos tierras y le traían sus tributos... y estaban allí junto al Montezuma dos hombres viejos grandes caciques, y de que bien habían entendido el pleito, aquellos jueces se lo decían al Montezuma la justicia que tenía; con pocas palabras los despachaba”.²² ¿Una especie de tribunal superior de justicia?

En la América anterior al descubrimiento, el derecho, la ciencia, la religión, la filosofía, estaban fundidos, o integraban una sola concepción. Los pueblos indígenas desarrollaron conceptos, visiones, normas y una ideología distintos a la cultura occidental; pero por lógica, las relativas al comportamiento en sociedad ejercían una función integradora del grupo y por lo mismo relativas a la vida comunitaria y su conexión con los dioses.

Ideologías, cosmovisiones, dioses, culturas y derechos distintos, sin otros puntos de parangón que la creencia de la proximidad del fin del mundo, se encontraron con el descubrimiento de América para formar con el paso del tiempo un sincretismo cultural y jurídico y un mestizaje biológico. Europeos, indios, negros, mestizos, mulatos, zambos y miembros de todas las razas pueblan Iberoamérica, donde perviven pueblos originarios que conservan su identidad.

a la gran plaza que se dice el Tatelulco, como no habíamos visto tal cosa, quedamos admirados de la multitud de gente y mercaderías que en ella había y del gran concierto y regimiento que en todo tenían e entre nosotros hobo soldados que habían estado en muchas partes del mundo, e en Constantinopla é en toda Italia y Roma, y dijeron que plaza tan bien compasada y con tanto concierto y tamaño e llena de tanta gente no la habían visto”.

²¹ Los pueblos indígenas americanos, especialmente las culturas desarrolladas tenían una cosmovisión predominante y profundamente religiosa.

²² Díaz del Castillo, Bernal, *op. cit.*, nota 20, pp. 216 y 217.

III. DERECHO INDÍGENA

El derecho es en su expresión más amplia un método coordinador y director racional y, en su caso coactivo, de comportamientos humanos, consustanciales a la vida en sociedad. No se entiende ni existe un grupo humano sin un orden y una organización vinculados a la satisfacción de necesidades, a las creencias y los conceptos de justicia.

En la época actual, como en el pasado, vista desde fuera, una comunidad indígena, dice Eric Wolf,²³ se ve como una unidad que realiza una serie de actividades comunes de vida y realización, que sostiene representaciones colectivas, una cultura y una cosmovisión... Y desde dentro, como un conjunto de personas vinculadas por la tierra, la sangre, la lengua y las tradiciones, la cultura en general, cuya conducta se regula por un conjunto de derechos y obligaciones específicos, que se refieren a la relación con la comunidad y la ecología, la organización religiosa y las creencias rituales, mágicas, los valores y las relaciones sociales.

Para encontrar el deber ser y analizar las concepciones sociales y jurídicas que han animado al mundo indígena americano, recurrimos al *Popol Vuh*, libro esencial para la comprensión de la cosmovisión maya.²⁴

En la creación, los dioses: “se hablaron, pensaron y meditaron; se juntaron y se pusieron de acuerdo en pensamientos y palabras; se quisieron y se amaron bajo esta claridad”.²⁵

Si los dioses con razones, por consenso y amor hicieron el mundo, ¿no es así como deben vivir los hombres en una comu-

²³ Reina, Rubén. E., *La ley de los santos. Un pueblo pokomán y su cultura de comunidad*, Guatemala, José de Pineda Ibarra, 1973, p. 14.

²⁴ Chávez, Adrián Inés, México, Ediciones de la Casa Chata, 1979. *Pop Wuj* o *Popol Vuh*, traducido como *Libro del tiempo* o *Libro de los acontecimientos*, de las antiguas historias del Kí-Chè, escrito por autor anónimo aproximadamente en 1550, es la obra fundamental para conocer la cosmovisión y la cultura indígena americana.

²⁵ *Ibidem*, p. 2.

ñidad? Precisamente, la cosmogonía indígena se basa en la conciencia de sí mismo, no como individualidad, sino como parte del grupo social con el que comparte la vida, los dioses, el lenguaje, el saber, el trabajo, la seguridad, la fuerza, las normas de convivencia y todo lo que es vital para ser, realizarse y vivir. La comunidad que hace posible, que explica y motiva la vida. En consecuencia, el comunero se organiza y desenvuelve con la convicción de que vive para el grupo social del que es parte en la tierra que los cobija y sustenta y a la cual pertenecen y de donde proviene su esencia y su posibilidad de ser y hacer. Según los indígenas, la tierra no es de ellos, ellos son de la tierra, por eso no dicen soy de tal lugar sino hijo del lugar.

El derecho indígena se funda en conceptos religiosos y comunitarios, en valores y creencias distintos al derecho que conocemos, que tiene como fuente histórica principal al derecho romano, que combinó la utilidad y la honestidad, porque el indígena tiene como guía no el interés particular sino la perdurabilidad y la pervivencia de la comunidad como fin principal y el romano la protección y la realización de los bienes de las personas individuales como centro y razón de la vida social.

Jorge Enrique Guier afirma²⁶ que para entender el derecho indígena hay que olvidar por un momento los conceptos jurídicos actuales y no entrar en comparaciones con el derecho continental. En todo caso, el derecho es parte esencial de la vida social y es más que la manifestación actual del conjunto de normas jurídicas coactivas creadas o reconocidas por el Estado o la sociedad, para regular la convivencia humana en un lugar determinado.

La razón es simple, al relacionarse las personas siguen ciertas pautas, guías, normas o reglas formadas, reconocidas, practicadas y generalizadas por el grupo social al que pertenecen, formas de conducta derivadas que sirven para interactuar y para resolver o prevenir los naturales conflictos que se producen en todo grupo humano.

²⁶ Guier, Jorge Enrique, *Derecho precolombino*, Costa Rica, Libro Libre, 1991.

Precisamente, en el *Pop Wuj* o *Popol Vuh*, encontramos expresiones que denotan la existencia de normas jurídicas, verbigracia, en una de las plegarias, ya casi al final de la obra se lee: “Que nunca vean cárcel... que no se caigan ni se hieran, no fornicquen, no incendien... que no vean prisión, donde hay maldad, dales buena existencia, sean buscadores y guardadores tuyos...”.²⁷

Religión, moral, derecho, como se ve, se entremezclan. Pero obviamente estamos no sólo frente a normas sustantivas, específicamente se habla de la prisión y ello implica jueces, procedimientos y, desde luego, sanciones.

El Rabinal-Achí, que es, junto con el *Popol Vuh*, *Los anales de los Cakchiqueles* y el *Título de los Señores de Totonicapán*, uno de los cuatro libros conocidos de los pueblos Maya-Quiché, es un contradictorio duelo verbal, público, respetuoso y formal. En realidad, un juicio entre el guerrero de Rabinal y el de Quiché.

Esta obra culmina con la condena a muerte en la piedra del sacrificio del último de los guerreros citados, decidida por el jefe Cinco Lluvia como castigo del secuestro, raptó en la obra, de diez niños y un cacique, con la intención de matar y por la destrucción de los pueblos ciudades de Balanvac, Calcaraxah, Cunu y Gozibal-Tagah-Tulul.

El procesado acepta y justifica los hechos: “En verdad, entonces, obré mal, a causa del deseo de mi corazón, lo cual pagaré ahora bajo el cielo, sobre la tierra”.²⁸ El condenado pide permiso para despedirse por 260 días y 260 noches de su pueblo, de su tierra, el que le es denegado. La pena es ejecutada inmediatamente después de dictada la sentencia. La obra es todo un proceso oral y público.

Uno de los principales conquistadores, Hernán Cortés, nos dice en la segunda de las *Cartas de relación*, dirigida al emperador Carlos V, que hay entre los pobladores de Tlaxcala “toda manera

²⁷ Chávez, Adrián Inés, *op. cit.*, nota 24, p. 108.

²⁸ *Rabinal-Achí. El Varón de Rabinal. Ballet-Drama de los Indios Quichés de Guatemala*, traducción y prólogo de Cardoza y Aragón, Luis, 6a. ed., s. e., s. f., p. 50.

de buen orden y policía, y es gente de toda razón y concierto”.²⁹ Y para no dejar duda sobre un sistema jurídico indígena, al describir Tenochtitlán, la sede del imperio azteca, afirma: “Hay en esta gran plaza una buena casa como de audiencia, donde están siempre sentadas diez o doce personas, que son jueces y libran todos los casos y cosas que en el dicho mercado acaecen, y mandan castigar los delincuentes”.³⁰

No cabe duda de que existen muchas citas de cronistas, historiadores, misioneros, testigos presenciales de la conquista que dejaron constancia de ese ordenamiento, lo confirma, Mártir de Angheria al describir la gran aventura de México, cuando dice que “encontraron ciudades en las cuales se vive con sujeción a leyes, hay tráfico comercial y llevan vestidos; tienen libros”.³¹ Actos de fanatismo religioso provocaron la quema de casi todos los manuscritos aztecas y mayas.³² Ciertamente es que los grupos nómadas vivían en estadios primitivos.

Francisco Antonio Fuentes y Guzmán en su reconocida *Reconcordación Florida*,³³ una de las principales obras de la Colonia, escrita en la segunda mitad del siglo XVII,³⁴ refiere que existían

²⁹ Cortés, Hernán, *Segunda carta de relación. Crónicas de las Indias*, Serina, Mercedes (ed.), España, Cátedra, 2003, p. 229.

³⁰ *Ibidem*, p. 267.

³¹ Dias Plaja, Fernando, *La historia de España en sus documentos. Desde los orígenes a Felipe II*, España, Ediciones G. P.-Plaza & Janés, 1871, p. 280; “Hernán Cortés, protagonista de la historia, mártir de Angheria”, Documento fechado en Zaragoza el 21 de julio de 1518.

³² Por orden del obispo Diego de Landa se quemaron todos los libros mayas en lo que hoy es el estado de Yucatán, México. Se cuenta que durante 15 días no hubo oscuridad por las llamas del incendio.

³³ Guier, Jorge Enrique, *op. cit.*, nota 26, p. 111.

³⁴ Pinto Soria, Julio César, *Historia general de Centroamérica*, Madrid, Si-ruela, 1993, vol. II, p. 213. Según datos históricos la obra fue concluida hacia 1695, pero publicada en su totalidad en el siglo XX: “presenta sobre todo, el retrato de una colonia próspera y feliz. Basado en investigaciones del archivo y en la observación personal, relata la historia de la conquista y del poblamiento español, al mismo tiempo que ofrece una buena cantidad de datos sobre distin-

entre los indígenas tres clases de justicia claramente definidas, la conmutativa, la distributiva y la legal.³⁵

Lógicamente, para crear las grandes obras de arquitectura o de infraestructura productiva los mayas, incas y aztecas, debieron tener como característica el colectivismo. Es decir, eran sociedades despóticas y de parentesco real o ficticio, que veneraban a los mismos dioses y antepasados comunes, que trabajaban y luchaban de consuno por la existencia del grupo, por lo que el interés general y el de la clase gobernante se identificaban. Razones que llevaron a algunos científicos sociales a plantear un estadio de evolución de las tres grandes culturas citadas similar al denominado Estado asiático, con la diferencia de que en el modelo americano no existía, a mi juicio, un “estado de dependencia global (esclavismo generalizado)”³⁶ para posibilitar las grandes obras.

Los cronistas y los historiadores refieren, generalmente sin profundizar la existencia de tribunales, jueces, procedimientos orales y sanciones pero reconocen que los indígenas poseían una lengua rica y leyes de reconocida sabiduría.³⁷ Existe por ejemplo en las comunidades indígenas de Quetzaltenango y Guatemala,

tos asuntos, desde costumbres indígenas, la flora y fauna de la región, hasta los problemas políticos y económicos que, según él, atravesaba la colonia”.

³⁵ Guier, Jorge Enrique, *op. cit.*, nota 26, p. 111. Fuentes y Guzmán dice que “en la América preeuropea encontró tres clases de justicia bien definidas: la distributiva, que premiaba a los buenos y castigaba a los malos; la conmutativa, necesaria para los actos de cambiar, vender y trocar unas cosas por otras; y la legal, que residía generalmente en el que mandaba y sin la cual no era posible conservar la paz ni la concordia dentro de los pueblos”.

³⁶ Chesnaux, Jean *et al.*, *El modo de producción asiático*, Barcelona, Grijalbo, 1975. p. 30. El Estado asiático se sobrepone a estas unidades de base, constituye una “unidad superior” (expresión de Marx) que mantiene al conjunto de las comunidades aldeanas y a sus miembros en un estado de dependencia global (“esclavismo generalizado”), en el que, según Jean Chesnaux, el individuo recibe la tierra que pertenece a la comunidad por formar parte de ella, se cambió de una esclavitud generalizada, lo que permite la realización de los poderes.

³⁷ Gerbi, Antonello, *La disputa del Nuevo Mundo*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 259.

la creencia de que antes de la conquista se castigaba severamente el robo y otros delitos.³⁸

La civilización indígena americana “evidente en la escritura, la arquitectura, escultura, pintura, literatura, en la numeración y el sistema cronológico... asentada sobre una concepción del mundo y su destino”,³⁹ contó, también, con un sistema normativo específico, del cual conocemos poco, debido al desinterés investigativo, a la escasa valoración del pasado, a la imposición de la cultura dominante, y a la escasez o destrucción de fuentes históricas precolombinas; pero sobre todo, actualmente, por la falta de entendimiento o negación de la existencia dentro de un mismo Estado de culturas diversas. Todo lo cual ha llevado a cierta indiferencia sobre el tema, lo que está en proceso de superación, especialmente debido al renovado esfuerzo investigador universitario y de diversas organizaciones indígenas.

Los pueblos de indios, las misiones, las reducciones y las formas de producción existentes durante la Colonia, la organización social introducida y las Leyes de Indias, como veremos en otro apartado, crearon y permitieron condiciones para recrear y resguardar rasgos esenciales de la manera de ser indígena en el nue-

³⁸ Aguilar, Juan Ramón, *Miscelánea de historia de Centroamérica*, Casa Editora CDS Quetzaltenango, Guatemala, 1926, p. 14-16. Sin que se conozca una fuente histórica específica más que la tradición oral, en Guatemala, cuentan los indígenas, que entre los Quichés y los Cakchiqueles se produjo una guerra que se llamó “de las tortillas” provocada por el intento de un soldado Quiché de tomar a la fuerza unas tortillas de una mujer Cakchiquel. El soldado, cuenta la tradición, fue condenado con la pena capital, con que se castigaba esa clase de delitos, pero el pueblo se amotinó, impidió la ejecución y exigió la muerte de la víctima. Así, se cuenta, inició el conflicto entre las dos naciones rivales que llevó a una, aliarse a los españoles en la conquista de los otros. El libro de historia del maestro quetzalteco Juan Ramón Aguilar, *Miscelánea de Historia Centroamericana*, es el único que conozco que cita este suceso y no señala la fuente, que como he mencionado, es un conocimiento popular local, por lo visto, transmitido de manera oral.

³⁹ Cardoza y Aragón, Luis, *Guatemala, las líneas de su mano*, México, Fondo de Cultura Económica. 1955, p. 132.

vo orden. El derecho indígena es dinámico, vivo y por lo mismo habría muerto si no hubiera sido practicado.

La religión católica y el municipio vistos como grandes aportes de España, desde una óptica, y de otra, como aspectos esenciales de la dominación, han aportado a la supervivencia indígena pues se incrustaron en la cultura, los valores y el derecho natural, con lo que pasaron a ser y a formar parte de los mecanismos de autodefensa y de conservación de la identidad, de allí el surgimiento del sincretismo religioso, o sea, la conjugación de las prácticas religiosas de las dos culturas. Fusión que también puede extenderse a la organización social.

Desde la independencia, los pueblos indígenas fueron, por regla, marginados de los esfuerzos y programas de desarrollo, más que por racismo (como lo prueba el mestizaje), por el papel que desempeñan en el sostenimiento y evolución de la economía. Poco han recibido de las naciones de las que forman parte y han ingresado al siglo XXI como los grupos más pobres y más afectados por el subdesarrollo.

Sin embargo, ¡sorprenden!, y cada vez más, puesto que en la medida en que el egoísmo y el individualismo se consagran como rasgos esenciales del neoliberalismo, en las relaciones comunales predomina la benevolencia, el respeto y cortesía en el trato, el desprendimiento, los niveles de cooperación y los sentimientos de cohesión-vinculación comunitaria. Al referirse a las características de estas sociedades, luego del estudio de algunas de ellas en Guatemala, el economista y antropólogo Robert Redfield consideró en la mitad del siglo XX que “la aldea era una gran familia que estaba unida por la piedad y por la existencia de la propiedad comunal”.⁴⁰ Lo que con matices se mantiene.

Explica el antropólogo Sol Tax, en un estudio, que: “podríamos decir que los indígenas de Guatemala son de un tipo primitivo, en relación a la visión que tienen del mundo y de un tipo

⁴⁰ Redfield, Robert, *Economía indígena. Cultura indígena de Guatemala*, Guatemala, Ministerio de Educación Pública, 1956, p. 52.

civilizado, en lo que respecta a sus relaciones sociales”.⁴¹ Lo primitivo en realidad son las condiciones de aislamiento y pobreza en que viven. Y lo civilizado, en el trato respetuoso de la dignidad humana y de benevolencia comunal.

Es obvio que el conocimiento del derecho indígena, más que en la historia, a falta de estudios, puede obtenerse directamente de la observación de las actuales poblaciones autóctonas, donde pervive, lo que naturalmente permite captar a simple vista que se trata de un sistema que no se reduce a usos y costumbres. ¿Existió entonces, y existe un derecho indígena? Ni duda cabe.

Había en la América precolombina y hay en la América contemporánea pueblos indígenas con un derecho específico, propio, distinto al escrito continental, regulador y ordenador de la vida en sociedad; pero, como lo hemos expresado, los parámetros para conocerlo son en buena medida distintos a los que nos hemos formado. Este derecho vivo, espontáneo, se forma, desenvuelve, evoluciona y funciona vinculado a las necesidades espirituales y materiales diarias de la vida comunal.

La cultura como modo dinámico de ser, valorar y vivir de un pueblo comprende la conciencia colectiva de la propia identidad, el sentido de pertenencia a un grupo social, a un territorio, la relación con el medio ambiente, la visión del mundo y la religión, el lenguaje, los símbolos, las tradiciones, los mitos, el arte, los sistemas de organización social, familiar, política, las normas de convivencia⁴² y todo lo que el hombre hace en relación con otros hombres. “Por eso el derecho es un componente esencial de toda

⁴¹ Tax, Sol, *op. cit.*, nota 5, p. 112.

⁴² Savater, Fernando, *Diccionario filosófico*, España, Planeta, 1999, p. 404. Asegura que “cada cultura es el conjunto de logros, usos, saberes y formas de vida que comparte determinada colectividad humana y por el que se distingue de las demás; viene a reforzar el sentimiento de pertenencia de cada uno de los miembros del grupo común, la identificación con los otros socios, así como la diferencia frente a los extraños”.

cultura; define conceptos, fija normas, concreta la administración de la justicia, regula la propiedad, sanciona las costumbres”.⁴³

El derecho indígena como todo derecho exige la adopción y repetición de comportamientos que, como ya lo establecía la costumbre jurídica en Roma, se trata de conductas arraigadas en la cosmogonía y en tradiciones antiguas, no legisladas, usadas o practicadas, observadas en forma constante y generalizada por los individuos que integran un grupo social (elemento objetivo), con la convicción de que dicha manera de actuar o de omitir es obligatoria y necesaria para la pervivencia del grupo social (elemento subjetivo) porque sirve, fortalece y promueve la vida en comunidad.

La diferencia entre el derecho consuetudinario occidental y el indígena es que, el primero tiene que ver con la autonomía de la voluntad y la apropiación privada de los bienes, mientras que el segundo hace prevalecer la relación con la tierra, los intereses comunales, porque los individuos viven para la comunidad y su buen funcionamiento y no al revés. Razones por lo que tampoco estamos estrictamente frente a un derecho consuetudinario.

Encontramos una manera repetida de obrar, de proceder, de relacionarse, de interactuar entre personas de una comunidad indígena, reglas que se tramiten oralmente, pero con otras prioridades.

Alfredo Cubil López, representante de una comunidad indígena que participó en la delegación guatemalteca Pro Ratificación del Convenio 169 de la OIT, definió el derecho indígena como: “El conjunto de facultades y normas objetivas, que ordenan la existencia colectiva cotidiana de un pueblo, a partir de su propia filosofía, para alcanzar armoniosa convivencia en el seno de su sociedad”.⁴⁴

⁴³ Gómez, Magdalena, *Coordinadora. Derecho indígena*, México, Instituto Nacional Indigenista. 1997, p. 33.

⁴⁴ Cubil López, Alfredo, *Derecho indígena. sistema jurídico de los pueblos originarios de América. El Convenio 169, en el contexto del sistema jurídico legal y el consuetudinario de los pueblos indígenas*, Guatemala, Centro de Estudios de la Cultura Maya-Serviprensa Centroamericana, 1994, p. 201.

El derecho indígena de hoy, a diferencia del encontrado en el siglo XVI, está limitado y no podía ser de otra forma, como toda ley o regla de conducta humana civilizada, por los derechos esenciales de la persona humana reconocidos por el derecho internacional y las Constituciones políticas.

Investigaciones etnográficas muestran al derecho indígena como dinámico, contingente y contestatario y altamente heterogéneo. “La cultura legal en las comunidades indígenas en todo el país (Guatemala) consiste en una mezcla híbrida de adaptaciones y prácticas locales y elementos de normas legales nacionales o universales”.⁴⁵

Asegura Dwyer, citado por Rachel Sieder, que como todo derecho, el consuetudinario tiene tres características básicas: 1) “función integradora de la sociedad; 2) refleja las diferencias de poder dentro de esta sociedad y, 3) puede ser utilizado como una forma de resistencia”.⁴⁶ Rasgos que, como hemos visto, se aprecian de manera evidente en las prácticas jurídicas indígenas.

En un ensayo publicado en 1956, el antropólogo Sol Tax señaló que las sociedades indígenas de Guatemala⁴⁷ son pequeñas, sin mayores adulteraciones, homogéneas en creencias y costumbres “con relaciones interpersonales, con instituciones formales, que dictan la conducta de sus miembros... con una vida secularizada”.⁴⁸ Características que se pueden generalizar a las comunidades indígenas de los otros países del área.

Leonard Schultz Jena en su obra *La vida y las creencias de los indígenas Quichés de Guatemala*, escrita a mediados del siglo XX, al referirse a la administración autóctona comunal afirma que sus jueces nada tienen que ver con los del Estado, aunque imponen penas como expresión del reproche social a ciertas con-

⁴⁵ Sieder, Rachel, *Derecho consuetudinario y poder local en Guatemala. Justicia penal y comunidades indígenas*, Argentina, 1999, p. 87.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 96.

⁴⁷ Guatemala es el país de América Latina con mayor población indígena, entre el 50% y 70%, según diversas investigaciones.

⁴⁸ Tax, Sol, *op. cit.*, nota 5, p. 111.

ductas entre las que se encuentran: “la prisión, los trabajos forzados (barrer las calles y hacer leña, los hombres y las mujeres moler cal), y también multas. En algunos casos es necesario que se lleve a cabo un requisitorio. Por ejemplo, en caso de adulterio público, cuando la mujer legítima es arrojada de la casa, hay sanción únicamente si se presenta el acusador”.⁴⁹

Señala Schultz Jena que el fin de los castigos es el escarmiento y añadimos que la recomposición, aseguramiento y protección de la vida en comunidad. Las víctimas consideran que las penas representan la compensación de la injusticia o del daño recibido y desde luego la confirmación de las creencias y a la orden del mundo.

Una visita, aun superficial, a una comunidad indígena actual nos permite constatar reglas propias en materias como la familia, la herencia, la propiedad de la tierra, el comercio, el trabajo, la educación, elección y funcionamiento de autoridades, justicia, seguridad, la organización religiosa y política y el gobierno comunal. Situación que confirma, entre los numerosos estudios al respecto, el realizado sobre el sistema jurídico mam en 1999, el cual concluye que el Estado actual de mismo es “producto de las influencias, restricciones y reacciones ocurridas durante los últimos cinco siglos”.⁵⁰

Al ser afirmativa la respuesta sobre la existencia de este derecho, lo que entendemos como tal podemos extraerlo de:

1. Los documentos indígenas anteriores o contemporáneos a la Conquista y la Colonia.
2. Los escritos de cronistas e historiadores españoles de la Conquista y la Colonia.

⁴⁹ Schultz Jena, Leonard, *La vida y las creencias de los indígenas Quichés de Guatemala*, Guatemala, Biblioteca de Cultura Popular-Ministerio de Educación Pública, 1954, núm. 49, pp. 32 y 33. El primer funcionario de la comunidad es el *nabé katbalsij*, que es al que los indígenas llaman “alcalde justicia”.

⁵⁰ *El sistema jurídico mam. Una aproximación*, Guatemala, Universidad Rafael Landívar, Instituto de Investigaciones Económicas, 1999, p. 85.

3. La observación de las formas (manera de ser y proceder) que rigen la convivencia de las comunidades y pueblos indígenas que subsisten en el continente.
4. La organización social y política de las comunidades indígenas.
5. La conducta de los comuneros indígenas.
6. La conexión entre la visión del mundo indígena actual y las relaciones de sus miembros entre sí y con personas ajenas a la comunidad.
7. Las investigaciones sobre las formas de organización de las sociedades indígenas.
8. Las reglas constitucionales que reconocen la cultura indígena.
9. Los convenios, acuerdos y tratados internacionales sobre la materia y las leyes que los ratifican.

IV. LA PERVIVENCIA DEL DERECHO INDÍGENA

La existencia de un derecho indígena precolombino nos sirve para señalar que las formas de organización social, política y jurídica indígena eran y siguen siendo distintas a las europeas y concretamente a las españolas, como es de suponer; que han convivido, coexistido y que seguirán su desarrollo y que nada permanece inmutable, es evidente, Pero ¿qué propició que este derecho sobreviviera a la Conquista, a la Colonia, a los intentos y proyectos de asimilación y los diferentes esfuerzos de hegemonía e imposición cultural? Entre otras causas, como se podrá ya inducir, tres instituciones de origen colonial desempeñan un papel de primer orden:

1. La religión católica.
2. El Municipio.
3. Las Leyes de Indias.

V. EL AYUNTAMIENTO U ORGANIZACIÓN MUNICIPAL

En la Edad Media, las agrupaciones urbanas o villas españolas se organizan en municipio según la tradición romana, lo que influye en todos los aspectos de la vida social y contribuye sustancialmente en la emancipación de las clases semiserviles, como lo afirman Terrero y Reglá en su *Historia de España*.⁵¹ Esta forma de organización social y política, señalan los referidos historiadores, se desarrolló en España en los siglos XII, XIII y XIV, época en la que los cargos de alcaldes o justicias, jueces, eran de elección popular y el Consejo se formaba por la asamblea de vecinos hasta el siglo XIV cuando sustituido por el Consejo Municipal o Ayuntamiento, encargado de adoptar las decisiones importantes. Ya entonces, los municipios tenían derecho a enviar procuradores a las Cortes, organizaban milicias, tenían señoríos sobre otras poblaciones y formaban hermandades o confederaciones. En *Fuente Ovejuna* del “fénix de los ingenios” Lope de Vega⁵² se aprecia la unidad y la fortaleza del Municipio frente la injusticia y la tiranía feudal.

Con lo anterior, lo que quiero significar es que la introducción del municipio a la organización social y política indígena, independientemente de las razones de control de su implementación, constituye una forma estructural más elevada o avanzada de la que tenía las tribus y los cacicazgos, que fue impuesta, adoptada y transformada por los pueblos indígenas, al igual que el catolicismo, como una forma, también, de protección y promoción cultural.

La historia y la realidad confirman la aseveración anterior, sin embargo, tomaré un solo ejemplo en las *Memorias en lengua náhuatl* enviadas a Felipe II por indígenas del Valle de Guatemala hacia 1572, recordemos que Alvarado entró a Guatemala en 1524, es decir a menos de 50 años, se encuentran una serie de no-

⁵¹ Terrero, J. J. Reglá, *Historia de España*, España, Óptima, 2004, pp. 104-107.

⁵² Lope de Vega, *Fuenteovejuna*, Madrid, Edaf, 2003.

tas escritas por funcionarios municipales de pueblos indígenas, que denuncias el tributo excesivo e injusto, la falta de tierras, la venta de huérfanos y abusos contra los barrios y milpas,⁵³ es decir que los cabildantes indígenas planteaban desde entonces, en defensa de sus comunidades, quejas en reclamo de menos injusticias. El municipio como órgano social de las comunidades indígenas sedentarias se había consolidado ya en una época tan temprana en Guatemala.

Más difícil fue, desde luego, la introducción de la nueva organización en los grupos indígenas seminómadas, tarea que se asignó principalmente a las órdenes misioneras, donde se congregaban incluso a miembros de comunidades indígenas distintas.

Pero es un hecho que durante la Colonia, las aldeas y poblaciones indígenas fueron establecidas y organizadas como versiones de los pueblos españoles con una plaza central, en donde se ubicaban la Iglesia y los edificios administrativos coloniales. “negándoseles la facultad de regular sus propias vidas y establecer formas de organización comunitaria”.⁵⁴ Problema que “se solventó, en alguna medida, con la introducción de cabildos indígenas”.⁵⁵

Si el catolicismo y lo que conocemos como sincretismo religioso desempeñó un papel importante en la conservación de la cosmogonía indígena, el municipio, aun y cuando en los pueblos indígenas fueran nombrados los alcaldes por los sacerdotes u por funcionarios de la Corona, fue acogido y recreado por los pueblos naturales hasta constituir un valuarte de supervivencia y cohesión social y cultural.

También es reconocido el poder del Ayuntamiento de los valsallos españoles y después criollos conducido para regir la vida

⁵³ *Nuestro pesar; nuestra aflicción. memorias en lengua náhuatl enviadas a Felipe II por indígenas del valle de Guatemala hacia 1572*, paleografía, traducción, ensayos y notas de Karin Dakin, introducción y notas históricas de Christopher H. Lutz, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1966.

⁵⁴ Newson, Linda, *op. cit.*, nota 7, p. 395.

⁵⁵ *Idem.*

local por el Cabildo, justicia y regimiento organizados “al igual que la tradición hispana”,⁵⁶ como expresión de permanencia institucional, y con el tiempo, reconocido su papel en la defensa de los intereses locales y mercantiles frente a la Corona.

El Ayuntamiento o Cabildo llegó a ser la expresión principal de la voluntad e intereses de los criollos, que aprovecharon la compra de los cargos “para ampliar su posición de preeminencia”.⁵⁷ Y fue, en consecuencia, el polo de desarrollo de la autonomía hispanoamericana, el centro de oposición a las autoridades metropolitanas, el órgano de representación de las elites locales y el lugar de influencia creciente de las ideas de independencia, especialmente en la de Centroamérica, lo que puede apreciarse en la misma Acta de Independencia, donde constan los oficios y exhortativas de los de Comitán, Ciudad Real y Tuxtla y la aprobación de otros a la separación de España, la participación de los miembros del cabildo de la capital y, resalta, además, en este sentido, el punto 12 de la Declaratoria de Independencia la atribución al Ayuntamiento la conservación del orden y la tranquilidad.⁵⁸

Tomamos de Ramón A. Salazar las siguientes conclusiones: Los independentistas “fueron los ejecutores de la voluntad del pueblo representada por las municipalidades que de tiempo atrás venían, quizás sin saberlo, preparando el gran acontecimiento”.⁵⁹ Antes de La Constitución de Cádiz (1812) sólo los económicamente más poderosos compraban o accedían a los cargos en las municipalidades, convirtiéndolas en posición de las familias criollas o en cuerpo aristocrático. La Gaditana abre el acceso al

⁵⁶ Barrientos Grandon, Javier, *El gobierno de Indias*, Marcial Pons Editores, 2004, p. 212.

⁵⁷ Santos Pérez, José Manuel, *Elites, poder local y régimen colonial*, Salamanca, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz-Cirma, 1999, p. 5.

⁵⁸ Palacio Nacional de Guatemala, 15 de septiembre de 1821, *Acta y Declaratoria de Independencia de Centroamérica*, Tipografía Nacional de Guatemala, 1927, p. 3.

⁵⁹ Salazar, Ramón A., *Mariano de Aycinena*, Guatemala, Ministerio de Educación Pública, 1952, p. 11.

Ayuntamiento a los sectores medios, quienes ocupan cargos en la municipalidad en virtud de elecciones, con lo que alcanza mayor incidencia en el apoyo e impulso emancipador.

Menos conocido es el papel de la organización municipal en la pervivencia de la cultura indígena. Pero antes, y para fortalecer la hipótesis anterior, debe advertirse que el cabildo, tanto en España como su reproducción indiana se estructuraron más que mediante regulaciones legales sobre “las bases de las costumbres y prácticas que los propios pobladores tenían como suyas”.⁶⁰ Es decir, que por su propia naturaleza, la organización municipal es un foco de subsistencia, creación y recreación de derecho, de prácticas y usos como consecuencia de la dinámica social.

La siguiente cita nos ilustra al respecto:

El señorío de los caciques experimentó, como era natural, una serie de variaciones y transformaciones a lo largo del tiempo, derivadas muchas de ellas de la política real dirigida a organizar en pueblos de indios a los naturales del Nuevo Mundo y a la incorporación de ellos a los modos de vida propios de los españoles, pues tales pueblos de indios se organizaron de una manera similar a la que era peculiar a la república de los españoles y pasaron a estar al cuidado de “alcaldes indios” y “regidores”, a cuyo cargo, decía don Felipe III, estaría el gobierno de los pueblos naturales “en cuanto a lo universal”.⁶¹

Estamos frente a una aparente contradicción; según puede colegirse, de la cita anterior, el ayuntamiento, o sea la organización municipal, sirvió tanto para conservar las antiguas tradiciones indígenas, como para introducir formas propias de la organización y cultura dominante.

En efecto, el Ayuntamiento como nueva forma de organización social jugó ese doble papel de medio para conservar lo autóctono (como expresión de rebelión o de resistencia) y de innovación

⁶⁰ Barrientos Grandon, *op. cit.*, nota 56, p. 218.

⁶¹ *Ibidem*, p. 240.

(culturización y respeto a la autoridad). Como decía Marx, en *La ideología alemana*, citado por Fromm para connotar el aporte del marxismo a la psicología contemporánea, y extensivo a la cultura “no es la conciencia de los hombres la que determina su existencia, sino que, por el contrario, su existencia social es la que determina la conciencia”⁶² ninguna cultura es un sistema cerrado ni aislado, es influida por las condiciones de vida, por la realidad social, por su interrelación con otras culturas.

Y la cultura indígena enfrentó y sobrevivió a la expansión europea que se reconoce como “uno de los movimientos más extendidos y espectaculares en la historia de la civilización”.⁶³ Y más, se acepte o no, ha enriquecido e influido en la cultura ladina.

Las Leyes de Indias y el Ayuntamiento, así como el sincretismo religioso, forman parte de la explicación de tal supervivencia y de la recreación de este fenómeno. A la vez que sirvió para nuclear y potenciar las corrientes independentistas. Pero hay que señalar como aspecto negativo, el que, autárquico como la hacienda, el Ayuntamiento desempeñó, el papel negativo, al obstruir la unión y la convivencia nacional e incentivar la separación y el localismo, lo cual hizo que desempeñara un papel de oposición y resistencia a la construcción y funcionamiento de la República Unidas del Centro de América y a la integración centroamericana.

Leí alguna vez que Domingo Faustino Sarmiento dijo que en Centroamérica cada aldea quiso formar un Estado, al referirse al fraccionamiento de las cinco provincias que formaron alguna vez parte del Reino de Guatemala.

VI. LAS LEYES DE INDIAS

Conocida es la inobservancia generalizada del derecho colonial español; pero las Leyes de Indias y la política española que permi-

⁶² Fromm, Erich, *La crisis del psicoanálisis*, Paidós, 1971, p. 91.

⁶³ Haring, C. H., *El imperio español en América*, México, Alianza Editorial Mexicana, 1990, p. 11.

tía o más bien moderaba la coexistencia de múltiples poderes locales, mantuvieron en los pueblos indígenas espacios de subsistencia de las instituciones tradicionales y de organización política. Ésta es una realidad, como lo es, también el que, como dice Niceto Alcalá Zamora y Torres en *Las reflexiones sobre las Leyes de Indias*, el imperio español reconoció tempranamente que

el vastísimo mundo a colonizar poseía una vida, aunque atrasada, en desigual grado de desarrollo, una organización incipiente... unas normas de costumbres difíciles de desarraigar y convenientes para conciliarlas, en cuanto no chocaran con principios capitales de la civilización a difundir o interés básico de la monarquía a consolidar.⁶⁴

En ello cabe destacar la obra de la Iglesia y de sacerdotes como Bartolomé de las Casas.

El sermón pronunciado en La Española el 14 de diciembre de 1511 por Antonio de Montesinos en el que denuncia los abusos y el trato inhumano de los habitantes del nuevo continente, motivó la revisión del sistema y la legislación sobre las encomiendas. Éste y otros señalamientos similares derivan en Las Leyes de Burgos promulgadas el 27 de diciembre de 1512, las que marcan el comienzo de un constante esfuerzo formal de mandatos de gobernación, medidas protectoras y un trato más justo a los naturales americanos. Dichas Leyes “facilitaban el desarrollo de costumbres unas veces reconocidas por la legislación y otras ignoradas”⁶⁵ y autorizaban el modo de vivir de los naturales, y los buenos usos y costumbres que no fueran “contra nuestra religión cristiana”.

⁶⁴ Alcalá Zamora y Torres, Niceto, *Reflexiones sobre las Leyes de Indias. Impresión general acerca de las Leyes de Indias. Nuevas Reflexiones sobre las Leyes de Indias*, España, Gráficas San Pancracio, 2002, p. 11.

⁶⁵ Gacto Fernández, Enrique *et al.*, *El derecho histórico de los pueblos de España*, España, Artes Gráficas Iberoamericanas, 1994, p. 438.

España no se dio a la tarea de combatir ni eliminar el derecho indígena ni las costumbres autóctonas, sino más bien “las reconoció expresamente y respetó aquellas que tenían un contenido jurídico y las incorporó dentro del universo y estructura del derecho aplicable en el Nuevo Mundo”.⁶⁶

Niceto Alcalá-Zamora y Torres señala que el “oscurecimiento injustificado”⁶⁷ de las Leyes de Indias en Iberoamérica es resultado de los problemas y apasionamientos de los periodos que siguieron a la emancipación. Pero le da el lugar que merecen al asignarles incidencia en el resultado de la “filiación más legítima, consciente, jurídica y culta”⁶⁸ de los pueblos hispanoamericanos. Es necesaria una revaloración de dichas leyes y su estudio en las facultades de derecho en la historia del derecho patrio.

En la llamada *República de los Indios* o en los pueblos y reducciones indígenas, en los que a partir de 1563 se prohibió que pudieran vivir españoles, negros o mulatos y mestizos, se consolidó la organización municipal y se confirió a los alcaldes, dentro de sus facultades, jurisdicción correctiva y criminal, permitiendo hacer averiguaciones por los delitos cometidos en sus pueblos, prender a los delincuentes, conducirlos a las cárceles de los pueblos españoles de sus distritos, facultando la imposición de penas de un día de prisión y azotes a los que se embriagaran o cometieran faltas semejantes.

Pero, sigamos analizando el papel de las Leyes de Indias en la pervivencia de la cultura indígena. Hay un hecho que llama la atención, históricamente se dice que el gobierno liberal de Mariano Gálvez fue derrocado por lo que se reconoce como primer movimiento en Guatemala en el que participaron sectores indígenas y populares, como consecuencia de las Leyes de Livingston, que establecían el sistema acusatorio, oral, público y de jurados.

⁶⁶ Barrientos Grandon, *op. cit.*, nota 56, p. 241.

⁶⁷ Alcalá Zamora, Niceto, *op. cit.*, nota 64, p. 137.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 140.

Esta interpretación de nuestra historia parte de los razonamientos de la Legislatura de 1838 que los derogó, sobre que el sistema penal no pudo establecerse “por la opinión de los pueblos, no preparada para tan importante empresa... por no haber entendido hasta ahora, las ventajas de un sistema que exige otro grado de moral e ilustración”.⁶⁹

Pero, ¿por qué los Códigos de Livingston provocaron la caída de Gálvez y generan el aval popular masivo al nuevo gobierno? Al extremo que el adalid del movimiento, Rafal Carrera, a quien se califica como el “catalizador del movimiento campesino”⁷⁰ asume, con el apoyo de los pueblos indígenas, del clero y de la oligarquía, la presidencia del país para formar el gobierno dictatorial más largo de nuestra historia, 30 años, que concluyen con su muerte natural.

Las verdaderas raíces del movimiento insurgente de Carrera, dice el historiador Pérez Brignoli,⁷¹ es la abolición de la política agraria liberal y otras de contenido político-religioso propias del grupo oligárquico, entre ellas la expulsión de los jesuitas, y leyes como la del matrimonio civil que ataban la moral pública.

¿Cuál era la política agraria liberal? Planteamos esta pregunta porque es la que más nos acerca al problema que exponemos, es decir, la importancia de las Leyes de Indias en el mantenimiento del derecho y la cultura autóctona. La respuesta la encontramos en la obra de Arturo Taracena Arriola, *Invención criolla, sueño ladino, pesadilla indígena*.⁷² Las concepciones liberales de propiedad privada, igualdad, libertad y los conceptos de ciudadanía del gobierno de Gálvez implicaban la desaparición de las tierras

⁶⁹ Exposición de Motivos del Decreto Legislativo del 13 de marzo de 1838 que deroga los Códigos de Livingston, citado por Vela, David, *Barrundia ante el espejo de su tiempo*, Guatemala, Editorial Universitaria, 1957, pp. 312-314.

⁷⁰ Pérez Brignoli, Héctor, *Historia general de Centroamérica, de la Ilustración al Liberalismo*, España, Siruela, 1993, p. 130, t. III.

⁷¹ *Ibidem*, p. 132.

⁷² Taracena Arriola, Arturo, *Invención criolla, sueño ladino, pesadilla indígena*, Guatemala, Cirma Magna Terra Editores, 1999.

comunales, la transformación de los campesinos comuneros en propietarios individuales y en obreros; la uniformidad, generalización y aplicación obligada de las leyes del Estado a todos los nacidos en el territorio, la imposición de la cultura que predominante, etcétera. Se puede afirmar que las medidas liberales ponían en marcha un proceso económico, social, institucional y cultural que disputaba también a los dueños de las haciendas y a los pueblos indígenas, mano de obra y tierras, en otras palabras, poder, y que obviamente creaba como contrapartida condiciones para la asimilación, y hasta desaparición de la cultura indígena, que no convenía al funcionamiento del sistema de grandes plantaciones cafetaleras que contaban con la barata y obligada mano de obra temporal indígena.

Los Códigos de Livingston implicaban la creación de los juzgados estatales, en donde haya más de 200 pobladores, según el ideal de Gálvez; pero además conllevaban la presencia del Estado, del fisco y del poder político estatal, en la hacienda, en el municipio, en los pueblos indígenas. En otras palabras, la pérdida de los privilegios del Clero, de los finqueros y hacendados y, como corolario, la supresión del derecho y la cultura indígena.

La verdadera causa del por qué los pueblos indígenas lucharon contra las políticas y leyes liberales radica en que implicaban su desaparición como pueblo y por ello se aliaron con las fuerzas conservadoras que se movían para mantener las formas y estructuras que le permitían la explotación de los indígenas, con el costo de la desigualdad, discriminación y continuación de la desmedida explotación indígena.

No había entonces —y no puede increparse por ello a los movimientos liberales—, principios sobre la convivencia entre pueblos diferentes, pues estos principios son consecuencia de la Segunda Guerra Mundial y del avance del derecho internacional, de la civilización, en fin, como bien se aprecia de las investigaciones realizadas por José Emilio Rolando Ordóñez Cifuentes.

Verbigracia derecho indígena en Mesoamérica,⁷³ que aparecen y se consagran como expresiones de la solidaridad, la cooperación y la civilidad los conceptos, normas y teorías jurídicas de convivencia y unidad de los pueblos diferentes que viven juntos con un solo proyecto nacional.

En Guatemala no es sino hasta en los Acuerdos de Paz y específicamente en el Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas cuando se reconoce que el tema constituye uno de los puntos trascendentales para el presente y futuro de nuestro país, como nación multiétnica y plurilingüe. Cabe destacar, asimismo, el papel desempeñado en la construcción de los citados conceptos de la Convención 169 sobre los Pueblos indígenas y tribales de 1989, aprobado por las Naciones Unidas el 13 de septiembre del 2007, en el cual se establece o más bien se reconoce el derecho a la autodeterminación y garantías para hacerla efectiva, al control de sus tierras y recursos naturales.

VII. EL RÉGIMEN LIBERAL

Durante los primeros 16 años que siguieron a la Independencia se conformó en Centroamérica un Estado republicano. La primera Constitución que funda las Provincias Unidas del Centro de América en 1824 es, a mi juicio, una de las mejores leyes dictadas en el transcurso de nuestra historia. Nació de tres fuentes, la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787, la francesa de 1791 y la de Cádiz de 1812. Reúne los puntos de vista de los más connotados e ilustrados próceres de la región, por cuyo crisol parlamentario ingresaron a nuestro ordenamiento jurídico los conceptos republicanos, humanistas y liberales más avanzados de la época.

El análisis de la referida Constitución Centroamericana permite afirmar que es un prejuicio opinar que se trata de una copia *semi tropicalizada* de la Constitución norteamericana. Estas

⁷³ Ordóñez Cifuentes, José Emilio Rolando, *op. cit.*, nota 1.

opiniones se desprenden de la separación del contexto que tradicionalmente se ha hecho de las declaraciones de la comisión redactora de la Asamblea Constituyente, de la falta o superficial comparación de las dos Constituciones, de la inexplicable postura de borrar lo que nos une a España, y de una realidad que impulsaba a la separación de las provincias y que no pudo evitar, no por que no pudiera, sino por su inobservancia.

La Constitución federal proclamaba la división de poderes, la independencia judicial, los derechos humanos reconocidos en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y las tres Constituciones fuente, los que además recreaba. Garantizaba la propiedad, la igualdad de las personas, el debido proceso judicial, la libertad absoluta de pensamiento, de palabra, de locomoción, de escritura, imprenta, de trabajo. Se suprimieron los fueros especiales, las detenciones indebidas, las penas infamantes, el uso de tormento, los apremios, la confiscación de bienes, los azotes; se abolió la esclavitud y se suprimieron los títulos de nobleza.

Con la derogatoria de nuestra primera Constitución, se derogaron todas las leyes dictadas bajo su supremacía. Siguiendo la lista elaborada por Francisco Morazán,⁷⁴ encontramos:

- La profesión de los derechos del pueblo.
- La que declara la libertad de imprenta.
- La que suprime las comunidades religiosas.
- La que crea la Academia de las Ciencias.
- La del *habeas corpus*.
- Los códigos penales, de procedimientos, de pruebas, de juicio orales por jurados, de 1837.⁷⁵

También fueron promulgadas las leyes civiles que hacían obligatorio el matrimonio civil, que autorizaban el divorcio y la li-

⁷⁴ “Proclama de Morazán al pueblo centroamericano el 16 de julio de 1841”, *Biografía del general Francisco Morazán*, Honduras, Publicaciones del Ministerio de Educación Pública, 1966, pp. 227-235.

⁷⁵ Ley del 10. de enero de 1837.

bertad de testar y la capacidad de heredar de los hijos naturales, las que prohibían vinculaciones o donaciones o legados de manos muertas la publicación de bulas, rescriptos y cualesquiera letras pontificias,⁷⁶ las que permitían la libertad de cultos,⁷⁷ las que obligaban construir cementerios fuera de las ciudades y las que clausuraban monasterios, la supresión de los diezmos,⁷⁸ etcétera.

En el periodo liberal Centroamérica había dictado las leyes, entonces, más avanzadas de América Latina, lo que confirman los juristas argentinos Julio Maier y Alberto Binder en la exposición de motivos del proyecto de Código Procesal de Guatemala que elaboraron en 1989, al referirse a los códigos penales decretados en 1838:

las circunstancias tremendamente adversas de aquella época hicieron retroceder a una de las obras que, seguramente, hubiera modificado una parte importante de la historia posterior de este país, y no sólo de este país, sino, quizás, de la América hispana toda, carente por esos momentos de ejemplos suficientes en esta materia.⁷⁹

Pero no sólo dictaron los liberales del siglo XIX leyes que afectaban el poder económico criollo y eclesiástico, sino que se constituyó un sistema de justicia destinado a someter a los ciudadanos a ley, con el pueblo como juez, a través del tribunal de jurados. La amenaza de la positividad de las leyes al poder oligárquico era real. Pero se hizo ajena (sin considerar) y contra los pueblos indígenas.

No faltan explicaciones de que dichas leyes eran impracticables, extrañas, sin posibilidad de coacción. Criterios con los que

⁷⁶ Ley del 11 de junio de 1831.

⁷⁷ Decreto dictado el 2 de mayo de 1832.

⁷⁸ Ley del 15 de julio de 1832.

⁷⁹ Maier, Julio y Binder, Alberto, *La reforma de la justicia penal. Exposición de motivos del proyecto de Código Procesal Penal de Guatemala*, Publicaciones del Organismo Judicial de Guatemala.

no coincidimos, porque negaríamos la capacidad del derecho de orientar y conducir los cambios sociales en paz y en orden, porque, además, haríamos irreducible el círculo vicioso de que sólo un pueblo desarrollado puede tener un buen gobierno y buenas leyes, pero que sólo las buenas leyes desarrollan a un pueblo. La historia muestra que la democracia hizo grandes a los pueblos, pero coincidimos con Rosseau en que son un alimento de difícil digestión, pues implican el triunfo de la razón, la fraternidad, la libertad y la igualdad.

La tarea del derecho es unir a los pueblos, enfrentar la violencia y dar paso a la razón, posibilitar los más nobles y altos fines, que no es, como decía Karl Marx, un instrumento de dominación, sino un método de integración nacional, de dirección de las fuerzas sociales, de tolerancia y de concurso, que además de permitir y prohibir, estimula comportamientos y sujeta el poder. Pero no es sólo la declaración y vigencia de las leyes la que posibilita los objetivos de su creación y vigencia, sino lo que cuenta es la capacidad de hacerlas efectivas, de darle cumplimiento, a través de los poderes judiciales a cargo de jueces imparciales e independientes y de dar condiciones a esos jueces para que cumplan su función.

El historiador Héctor Pérez Brignoli dice que los Códigos de Livingston, las leyes sobre el matrimonio civil y el divorcio y las leyes de la herencia, que consideraban con iguales derechos a los llamados hijos ilegítimos, la separación de la Iglesia del poder político y el apoyo a la inmigración protestante europea provocaron la furia de los conservadores y de los clérigos, “aunque cada una de las leyes pudo ser defendida como progresista y necesaria”.⁸⁰

Pero los grandes hacendados y el clero no veían ventaja alguna en las nuevas leyes y sí incertidumbres, afectaciones, pérdida de privilegios, imposición de obligaciones, disminución de espacios de poder... ¿Para qué les podía servir un Estado fuerte, un Congreso representativo, un Ejecutivo organizado, con ciudadanos y jueces independientes?

⁸⁰ Pérez Brignoli, Héctor, *op. cit.*, nota 70, p. 230.

VIII. LOS CONTENIDOS DE LOS CÓDIGOS DE LIVINGSTON

Sin más cambios que los producidos por la traducción hecha por José Francisco Barrundia, son decretados el 10 de enero de 1837 por el Congreso de Guatemala. Los Códigos de Livingston se componía de cinco libros elaborados por el reconocido jurista del mismo nombre al Poder Legislativo del Estado de los Estados Unidos en 1822, los que no fueron promulgados en ese país, pero que fueron reconocidos por Bentham, Víctor Hugo, Tocqueville, entre otros.

La obra de Eduardo Livingston, promulgada como ley en Guatemala, con el propósito de darle a la región centroamericana las mejores leyes y traducido por su principal promotor José Francisco Barrundia, inicia con la declaración de que ninguna legislación puede o debe ser inmutable, por lo que las leyes deben mudarse y evolucionar sin gran deliberación, razón por la que en las leyes han de exponerse con claridad los motivos y los principios que las provocan, porque sin esta explicación los legisladores futuros no pueden ni perfeccionarlas ni enmendarlas y las leyes perderían uniformidad en el modo de entenderlas.

Este concepto inicial vincula el concepto y la utilización de un código con el dinamismo del derecho en el sistema consuetudinario. Se trata de un esfuerzo de vinculación de los conceptos del positivismo jurídico con la teoría iusnaturalista, fue especialmente elaborado conforme los principios que sirven para: “Organizar un sistema conexo, tanto para prevenir como para perseguir y castigar los delitos”.⁸¹ Es una cumbre jurídica de la Ilustración.

En lo relacionado con el derecho indígena, artículo 63 de los Códigos de Livingston manda que el derecho penal no rige en las tribus indígenas que son gobernadas “por sus propios usos... bajo los otros respectos los indios deben considerarse a la misma luz que otras personas del Estado, tanto por lo que mira a la protec-

⁸¹ Código Penal de Livingston, p. 2.

ción, como a la responsabilidad en el castigo”.⁸² Disposición que se adelantó a las legislaciones contemporáneas y a los tratados internacionales sobre derechos de los pueblos indígenas.

Para trazar el fundamento y el plan de los Códigos, planteó la unidad y relación entre los principios sustantivos y procesales, y dividió su trabajo en cinco áreas asociadas: 1) De los delitos y las penas; 2) Los procedimientos; 3) Las reglas de prueba, 4) El sistema carcelario, y 5) las definiciones de los conceptos técnicos.⁸³

Dentro de las fuentes utilizadas destaca la jurisprudencia inglesa en lo relacionado con los términos técnicos de estructuración y las definiciones de las figuras delictivas, así como la institución del jurado y la ley del *habeas corpus* que dieron en esa época una superioridad a la ley penal de Inglaterra, pero que tenía la imperfección de negar la defensa de un abogado a los procesados, la obligación de declarar, procedimientos secretos, inquisiciones, la utilización de torturas, la desproporción entre los delitos y las penas. Especialmente la falta de un freno legislativo en Inglaterra —considera Livingston— produjo, que los tribunales legislaran, creando inseguridad jurídica y retroactividad de la ley. Las virtudes y defectos del sistema inglés serían corregidos, con la codificación que responde a la división de funciones constitucionales del Estado republicano.

Los Códigos se construyen sobre principios precisos que se utilizan para la aplicación e interpretación de todas las demás normas que lo integran; a continuación, y para resaltar la significación y la vitalidad actual de sus contenidos, resaltamos algunos de ellos.

1. Principios penales

Que la venganza es desconocida por la ley penal, cuyo objeto único es el de impedir actos criminales, por lo que debe considerarse en su aplicación:

⁸² Livingston, Edgard, artículo 63, libro primero, capítulo III de los Códigos de Livingston.

⁸³ *Ibidem*, p. V.

1. Sobre el delincuente, que el propósito de las penas es eliminar el deseo de repetir el delito.

2. Sobre el resto de la sociedad, apartar al que delinque con el ejemplo de las consecuencias de la violación de las leyes.

Establece el principio que modernamente se conoce como de lesividad o de ofensividad,⁸⁴ al señalar que “ningún acto u omisión debe ser declarado delito, si no se ofende al Estado, o a las sociedades permitidas por la ley, o a los individuos”,⁸⁵ igualmente propone el concepto hoy llamado de necesidad,⁸⁶ que según Ferrajoli⁸⁷ sólo puede pensarse lo que causa injuria a la sociedad. Dice Livingston: “Las leyes penales no deben multiplicarse sin una necesidad evidente; por tanto los actos aunque injuriosos a individuos o sociedades no estarán sujetos al procedimiento público, cuando ellos puedan ser suficiente reprimidos por el procedimiento privado”.⁸⁸

Principio que llevó en la obra legislativa comentada a la despenalización de un número de comportamientos y actitudes que tradicionalmente habían sido consideradas como delictivas, como la magia, el sacrilegio, etcétera, y a la selección de los comportamientos más peligrosos o de mayor afectación de los bienes jurídicos más importantes, tal la organización estatal, el buen funcionamiento del Estado, la vida, la propiedad.

Igual consideración ocurre con los principios actuales del derecho penal de prohibición de exceso y libertad,⁸⁹ y de reparación de daños por error en la condena de un inocente, que se consa-

⁸⁴ Carbonell Mateu, Juan Carlos, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 215. El principio de ofensividad o lesividad exige que no haya delito sin lesión o puesta en peligro de un bien jurídico: *nullum crimen sine injuria*.

⁸⁵ Códigos de Livingston, p. 3.

⁸⁶ Carbonell Mateu, *op. cit.*, nota 84, p. 207: “allí donde la penal resulta innecesaria, es injusta”.

⁸⁷ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 1997, p. 93.

⁸⁸ Códigos de Livingston, p. 3.

⁸⁹ Carbonell Mateu, *op. cit.*, nota 84, pp. 199-201.

gran en los códigos que estudiamos, al referir que debido a las equivocaciones humanas las penas deben ser de tal naturaleza que puedan ser redimidas y en lo posible compensadas.

Se justifica el que las normas penales deban formularse en un lenguaje claro, sencillo e inequívoco para que no puedan ser mal entendidas o mal aplicadas, lo que conocemos hoy como evitar los llamados delitos en blanco, ya que la imprecisión o ambigüedad de los términos permite penalizar una amplia gama de conductas, indefinición que causa inseguridad. Explica que las normas deben ser concisas para que se recuerden con facilidad y que las frases técnicas han de ser definidas en un libro normativo separado, para que el pueblo pueda conocerlas y el juez aplicarlas de modo inequívoco. Asevera que la obligación del Estado no es sólo publicarlas, sino enseñarlas en las escuelas y leerlas en público en ocasiones señaladas. Como regla vital se manda que la ley nunca mande lo que no puede obrar la autoridad y que la ley penal que no pueda ser positiva deba ser revocada.

Las definiciones de los Códigos de Livingston fijan y explican el sentido y el alcance de los términos técnicos utilizados en los artículos, muchos de ellos aún válidos en la doctrina penal contemporánea, por ejemplo el vigente código español define el delito, en el artículo 10, como “las acciones u omisiones dolosas e imprudentes penadas por la ley”. Igual lo define el proyecto de Código Penal de Nicaragua en proceso de aprobación en la Asamblea Nacional: “Son delitos o faltas las acciones u omisiones dolosas o imprudentes calificadas y penadas en este Código o en leyes especiales”.⁹⁰ El artículo primero del Código Criminal que se reseña dice que “un delito es una omisión o acto voluntario, hecho o verificado contra las disposiciones de una ley penal”.⁹¹ Y agrega

⁹⁰ Proyecto de Código penal de Nicaragua, en proceso de aprobación por la Asamblea Nacional, artículo 19.

⁹¹ Códigos de Livingston, pp. 14 y 15.

“puede por tanto no ser generalmente un delito, si la voluntad no concurre con el acto”.⁹²

Así, no sólo se refiere a actos u omisiones de personas con voluntad y libertad para decidir, lo que confirma lo regulado en el artículo 49, según el cual ninguna acción de persona *insana* puede ser castigada como delito y ni procesada en el caso de volverse después del haberlo cometido. Tampoco, se ordena, puede ser castigada si ya sentenciada se vuelve insana.⁹³

Sobre la intransmisibilidad de las penas, plantea que “nunca el inocente se hará partícipe del castigo del culpable”⁹⁴ y que las leyes temporales deben cesar en cuanto han cesados sus motivos. El principio de irretroactividad se formula de la siguiente manera: en el artículo 17. Después de derogada una ley penal nadie puede ser arrestado, aprisionado, juzgado o sentenciado por haberla infringido mientras estaba vigente.

Señala que la propuesta legislativa que presenta sigue las enseñanzas ilustradas de Montesquieu, Beccaria, Edem y otros, por lo que ha descartado del sistema propuesto las penas atroces: “Yo vine a concluir que el castigo de muerte no debe tener lugar en el código que me mandáis presentaros”,⁹⁵ afirmación que basa, sobre la reafirmación del concepto del valor de la vida, en dos razones esenciales: el temor al riesgo de error y la carencia de utilidad o efectos prácticos de la pena capital. Plantea una seria y sustentada defensa de la abolición de dicha pena, la que es, dice, reconocida como absurda y cruel, y un remedio impropio. Realiza en tal sentido una serie de reflexiones científicas y humanitarias comparables a las de Beccaria, Voltarie y Roederer.

Dice que si se aplica la pena de muerte, el pueblo:

⁹² *Idem*.

⁹³ Códigos de Livingston, p. 17. En dicha norma la palabra “insana” aparece escrita de esa forma para indicar que el concepto se desarrolla en el libro de las definiciones.

⁹⁴ Códigos de Livingston, p. 6.

⁹⁵ *Ibidem*, p. XXXVII.

- Se deprava.
- Se inclina a la violencia.
- Se habitúa a la muerte.

Con base en una serie de estudios y comparaciones, prueba Livingston la existencia de más delitos en los pueblos donde las penas son más severas.

En el artículo 100 se fijan como penas:

- Multas pecuniarias
- Simple prisión.
- Prisión cerrada.
- Privación de oficio.
- Suspensión de uno o más derechos civiles, o políticos por un tiempo limitado.
- Pérdida de uno o más derechos civiles (derechos, cargos u oficios privados) o políticos.
- La prisión en trabajos recios (accidental o trabajo en soledad) por un tiempo limitado.
- Prisión perpetua en trabajos recios.

En los casos de prisión puede adicionarse durante ciertos intervalos el asilamiento o encierro solitario y de otras privaciones que se han de determinar en la sentencia.

En el artículo 97 del Código Penal analizado se prevé que todo delito conlleva la reparación civil y la reserva en la sentencia penal de este derecho. El 98 establece algo que en nuestros códigos sería una novedad, y es que en casos de insolvencia, cuando se haya impuesto una pena de multa y no haya bienes suficientes para garantizar las responsabilidades civiles, o la situación de insolvencia del condenado impida la restitución civil, se destinará la cantidad establecida en la pena de multa, o cuanto de ella se necesite, para satisfacer la sentencia obtenida por la parte agraviada por el delito en concepto de responsabilidades civiles.

Propone que además de la proporcionalidad de las penas con relación al delito, se consideren el sexo, la edad, los hábitos, la constitución, y todas las demás circunstancias que deben tenerse en cuenta para el ejercicio del poder de fijar las penas entre los límites establecidos en las normas penales.

El principio de legalidad penal, no podía faltar como garantía penal: “Artículo 15. Ninguna omisión o acto verificado antes de promulgarse la ley, que lo prohíbe, puede castigarse como delito”.

Se complementa este principio normativo con el artículo 21, en el que se determina que sólo la legislatura tiene el derecho de declarar qué constituye un delito y castigarlo. Lo que justifica el jurista en el hecho de que la voluntad del legislador es la única que puede establecer los delitos y las penas, lo que se elimina “las crudas y variantes opiniones de los jueces”⁹⁶ que ya no usurparán la voluntad de la ley y que por lo mismo no pueden perseguir ni castigar los actos que no estén expresamente prohibidos por la letra de la ley. Siendo que la venganza se desconoce en los Códigos y que el único fin de la pena es la prevención de delitos, lo que se logra con procedimientos rápidos y con garantías que quitan al delincuente por la represión los medios y los deseos de repetir del delito, a la vez que se aparta a otros por el terror del ejemplo de los castigos impuestos. El ejemplo de la impunidad, enfatiza, es lo que seduce a otros a delinquir no la dureza del castigo.

2. Principios procesales

Como principios y reglas procesales, señala que debe evitarse, por excepción, la publicidad de los juicios cuando la ofensa sea leve y puedan ser los delitos suficientemente reprimidos con el procedimiento privado y en los casos que sean necesarias restricciones requeridas por la decencia y la moral. En los demás casos, el acusado tiene derecho a un juicio público, medio para que el pueblo conozca e inspeccione lo que hacen los jueces, regido por reglas establecidas

⁹⁶ *Ibidem*, p. VIII.

con anterioridad, ante jueces imparciales y por un jurado sin prevención. Señala que probado el delito, debe inmediatamente imponerse el castigo, lo que supone que concluido el debate debe dictarse la sentencia. El principio de cosa juzgada garantiza que, cuando esté firme la sentencia judicial, una persona procesada no puede serlo de nuevo por el mismo delito.

El principio acusatorio oral y público se confirma en el artículo 39 en el que para formar juicio se requiere de acusación formulada ante juez competente, presentada conforme los modos establecidos.

A la publicidad obligatoria de los juicios se suma la posibilidad de examinar libremente la conducta de los jueces y la obligación, a solicitud de parte, de fijar por escrito sus resoluciones y con la exposición de los motivos y razones en que basan, expuestas, desde luego, oralmente al pronunciarlas. Manda que la acusación sea probada y que cuando se dude del hecho alegado o de la aplicación de la ley obligan a la absolución, con lo que queda establecido el principio *in dubio pro reo*.

Como reglas esenciales del procedimiento el artículo 36 manda que ninguna persona acusada pueda ser compelida por violencia o amenaza a responder interrogatorio alguno. La confesión para que pueda producir prueba en su contra debe ser libre y sin fuerza.

Después del derecho al juicio público, a juez natural, a jurado sin prevención, como derecho irrenunciable del acusado que provoca la ventaja de ser juzgado por sus iguales, señala como facultades procesales el conocer la acusación que se le formula, que se le dé tiempo suficiente para preparar su defensa, a exigir la asistencia de sus propios testigos, y a ver, oír y examinar los órganos de prueba que se produzcan contra él; a la concurrencia de quien lo defiende en las audiencias, a la libre comunicación con su defensor; si está detenido, a salir bajo fianza en los casos permitidos por la ley.

Cabe señalar que en Luisiana, aunque constitucionalmente se establecía el sistema de jurados, artículo 3, sección 1, último párrafo, como resultado de su reciente incorporación a la Federa-

ción norteamericana, no se había implementado hasta entonces. Livingston considera es:

- Escuela de ciudadanos para aprender las leyes.
- Institución encaminada a imprimir sentimiento de dignidad y decoro.
- Refugio de la inocencia.
- Método para elevar los sentimientos ciudadanos.
- Garantía contra el poder arbitrario.
- Forma de alejar la corrupción, de alejar la influencia del poder.

Asimismo, prohíbe imponer castigos antes de la sentencia y represión corporal mayor del que se necesite para evitar la fuga; decreta la libertad del acusado para oír y publicar la relación de los procedimientos, limitada únicamente por las restricciones que la moral y la decencia exigen. Se advierte que no pueden imponerse restricciones a la libre discusión de la conducta oficial de los jueces y de otras autoridades de justicia.

Para evitar que prevalezca la forma sobre el fondo, se crean procedimientos basados en la inmediación y la oralidad de las audiencias, en las que las objeciones formales pueden analizarse y desestimarse o resolverse con facilidad en el mismo acto y mecanismos para corregir errores en los alegatos o intervenciones de las partes y se manda evitar la equivocada lenidad.

3. *Prevención de delitos*

El procesamiento y el castigo son medios inmediatos para prevenir delitos, y los remotos son la educación pública, el fomento de la industria y de consiguiente el bienestar del pueblo. Se señala la importancia de la religión y la igualdad de todas las creencias y todas las formas de culto, las que cuando no intervienen en los derechos privados o públicos tienen igual título de protección por la ley.

El cuarto libro se refiere a las reglas prácticas de los procedimientos criminales establecidos. El plan del desarrollo del mismo es expuesto en la exposición que hace Livingston, del que a continuación hacemos una reseña:

Da inicio el Código de Procedimiento Criminal fijando los modos en que deben hacerse las quejas o denuncias y las acusaciones, la competencia de los funcionarios que las reciben y tramitan y los deberes que surgen, entre ellos se destacan las que rigen la indagatoria, la recepción de testimonios de la queja, la orden de arresto, la forma que deben reunir los autos y decretos y los casos en que sin ellos puede practicarse el arresto. Asimismo lo relativo a los deberes de los auxiliares de juez, al practicar esa medida procesal. Siguen las disposiciones relativas a los requisitos del auto de prisión para evitar las fugas de los reos y los modos en que una persona debe ser tratada durante la prisión, así como el establecimiento de sanciones y medidas para prevenir abusos de autoridad en los arrestos.

A continuación las disposiciones para orientar los poderes discrecionales del juez, formas para presentar pruebas, modos de conducir las causas ante el jurado y reglas para formar el cargo, regular el modo de alegar en la defensa; para conducir el juicio, los deberes del juez, del defensor, del acusado y del fiscal público en forma detallada. Siguen los reglamentos para practicar citaciones de las parte y de los testigos, para presentar juramentos, para recusar a los jueces y juraos para dar el fallo. Se señalan las causas para suspender las sentencias y formas de conceder nuevas pruebas y los procedimientos de ejecución de las resoluciones judiciales.

El último capítulo del libro “Del procedimiento criminal” contiene el sistema de procedimientos en las órdenes de *habeas corpus*, el modo de presentarse y de expedirse la orden, y fijar las penas que pueden imponerse por su desobediencia. Se dictan medidas para impedir demoras y abusos en los procedimientos criminales. Para evitar que los trámites judiciales obstruyan la declaratoria del derecho de libertad del afectado y sus derechos

fundamentales por una medida de autoridad contraria a la ley, se establece que el magistrado, en vez de la orden de habeas corpus, decretará traer ante sí al que está preso y a quien lo detiene, para que el uno pueda ser liberado y el otro puesto en un juicio en todos los casos que la ley lo requiera.

4. *Guías de interpretación normativa*

Livingston había estudiado las ventajas y desventajas producidas con motivo de la aplicación práctica de los códigos europeos y estaba enterado, sin duda, de las propuestas metodológicas de las escuelas surgidas, especialmente la llamada de la exégesis y el método dogmático. De allí que buscara en su obra evitar las dificultades provocadas por la creencia de que los Códigos eran una reglamentación completa, exhaustiva, que fijaban con ánimo de permanencia el derecho y cuya interpretación era estrictamente literal, lo que había llevado o permitía prever la inclinación formalista extrema que tanto daño ha provocado a la administración de justicia. Ya hemos visto que inicia los Códigos rompiendo el dogma con la afirmación de que “Ningún acto de legislación puede o debe ser inmutable”.⁹⁷ En el preámbulo de los Códigos, todo el Capítulo III se refiere a disposiciones que aclaratorias de hermenéutica jurídica; entre las que citamos:

a) Con relación al género señala que cuando aparezcan en alguna norma términos generales como “todos”, “algunas personas”, “alguno”, “cualesquiera” y los pronombres relativos “él o ellos” debe entenderse que incluyen a mujeres lo mismo a hombres. Pero, advierte, la palabra hombre se usa en los Códigos no como término genérico, son para expresar el sexo masculino.

b) En cuanto al sentido de las palabras de la ley: para evitar que los jueces, principalmente, otorguen a las palabras de la ley un sentido distinto a los que quiso el legislador, el último libro contiene las definiciones de todas las palabras que aparecen en

⁹⁷ Capítulo I, Preámbulo, Códigos de Livingston, p. 1.

los Códigos escritas en pequeña mayúscula, las que están desarrolladas en dicho libro, por lo que sólo pueden ser usadas en el sentido que les da la explicación. Si la palabra o frase no está impereque en la forma descrita ordena que se entienda conforme el sentido que se usa en el lenguaje común en conexión con el contexto y asunto al que se refiere.

c) Interpretación integral. Como hemos visto, la Escuela de la Exégesis consideraba al código como una obra completa y sin residuos, lo que niega al derecho un carácter evolutivo, corriente que excluye el recurso de la aplicación de cualquier otra fuente en la resolución de litigios. Incluso a la casación no se le asigna un sentido capaz de formación de doctrina legal, ya que parte del fallo de los jueces deriva exclusivamente de la ley como premisa mayor. Ésta es una de las causas por las que se desprecia la jurisprudencia, lo que, por ejemplo, en la actualidad latinoamericana provoca que las Cortes Supremas de Justicia tradicionalmente era integradas por magistrados designados por razones de afiliación política o por abogados no destacados precisamente por sus conocimientos en derecho.

Livingston sin duda, conocía la propuesta exegética de que el estudio de las normas codificadas se hacía artículo por artículo. Método que todavía se utiliza en América Latina, como forma de analizar y conocer los códigos en algunas facultades de derecho o de aplicar el derecho en los tribunales. Práctica que conduce al aislamiento de un artículo, separándolo de su contexto, de la realidad, de todos los demás artículos y de los principios, lo que puede llevar a hacerlo “decir” cualquier cosa y específicamente a interpretaciones cerradas, excluyentes, basadas en las palabras estrictas de la norma. Se explica como una propuesta significativa el artículo 13 de los Códigos que entraron en vigencia en Guatemala en 1837 y que ordena que ningún artículo deba entenderse que contiene la expresión completa del legislador sobre el tema, pues “el todo debe considerarse en conjunto”.⁹⁸

⁹⁸ Artículo 13 de los Códigos de Livingston, p. 8.

IX. LA DEROGATORIA DE LOS CÓDIGOS Y LA RESTAURACIÓN DE LAS LEYES DE INDIAS

¿Puede culparse a los Códigos de Livingston de la caída del gobierno de Gálvez? Un año y dos meses después de su vigencia, el 13 de marzo de 1838, los Códigos fueron derogados. Mariano Gálvez, el jefe del Estado de Guatemala que los había sancionado renunció a su cargo, y el legislador que los había impulsado, José Francisco Barrundia, debió redactar y leer en el Congreso del Estado el decreto derogatorio en el que se justificaba la decisión por la falta de preparación para tan importante empresa de los jueces, fiscales y abogados, por los obstáculos para llevar a cabo los juicios orales y constituir los jurados, la falta de disposiciones de las cárceles para los requerimientos de readaptación de los condenados y la falta de fondos. También se justificó la medida porque la opinión de los pueblos se hallaba en oposición, por no haber entendido las ventajas de un sistema que “exige otro grado de moral e ilustración”.⁹⁹

En el mismo razonamiento citado arriba del decreto que deroga dichos Códigos en 1838 se explica que aunque las leyes españolas son contrarias a la Constitución y las instituciones republicanas son las únicas a las que “están acostumbrados sus habitantes por lo que de su ejecución puede solamente esperarse la tranquilización de los pueblos”.¹⁰⁰ Aunque tienen “vicios notables, y no es acaso conforme a nuestras institucionales fundamentales y sistema de gobierno, es el único conocido”.¹⁰¹

El decreto no pudo evitar el desmoronamiento de hecho de la República liberal, la disolución de las Provincias Unidas de Centroamérica y la derogatoria tácita de las Constituciones, la Federal y la del Estado de Guatemala y en cadena la de los otros. Volvimos, como dice el historiador Mariano Zeceña, “al sistema

⁹⁹ Vela, David, *op. cit.*, nota 69, p. 312.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 313.

¹⁰¹ *Idem*.

de régimen colonial con todo el cortejo de sus intolerancias, de sus vicios y de sus errores”,¹⁰² con la diferencia de que el rey ejercía un despotismo distante, mientras ahora daba inicio la más oscura y larga de todas las dictaduras de Guatemala. Para las poblaciones indígenas guatemaltecas, por el contrario, significaba el mantenimiento de condiciones para la aplicación del derecho indígena, el respeto de su cultura, de sus tradiciones y de la organización social y política autóctona, prontamente liderada por el municipio sincrético.

Aparte de la restitución del diezmo, el 17 de septiembre de 1839 se emitió un decreto en el cual se creó una Comisión permanente de protección y fomento indígenas. Taracena Arriola explica “que para tomar distancias con la política liberal de suprimir al indígena por decreto, y actuando con la prudencia inherente al paternalismo”¹⁰³ se declara en el artículo 3o. sección 2a. de la Ley Constitutiva del 5 de septiembre de 1839 que:

fundamentar y mantener el equilibrio social, las leyes amparan al débil contra el fuerte, y por esa necesidad en todas las naciones, aún las menos cultas, son particularmente protegidas aquellas personas, que por su sexo, edad o falta de capacidad actual, carecen de ilustración suficiente para conocer y defender sus derechos. Por tanto hallándose la generalidad de los indígenas en este último caso, las leyes deben de protegerlos a fin de que mejore su educación, de evitar que sean defraudados de lo que les pertenece en común y particular, y que no sean molestados en aquellos usos y hábitos aprendidas de sus mayores.

Lorenzo Montúfar dice que la derogatoria de los Códigos de Livingston “fue un pretexto para volver a dominar las conciencias y establecer el imperio absoluto de la Edad Media”. El historiador Daniel Contreras dice que la medida se caracterizó

¹⁰² Zeceña, Mariano, *La Revolución de 1871 y sus caudillos*, Guatemala, José de Pineda Ibarra, 1871, p. 28.

¹⁰³ Taracena Arriola, *op. cit.*, nota 72, p. 273.

por la vuelta a los usos y costumbres coloniales. La iglesia recuperó los privilegios que le habían quitado Morazán y Gálvez. Sus enormes propiedades le fueron devueltas, la Universidad volvió a regirse por los estatutos coloniales y, en fin, la mentalidad del guatemalteco fue la de un hombre de la Colonia.¹⁰⁴

Se consolidó desde entonces el prejuicio jurídico que destaca el historiador Federico Hernández de León,¹⁰⁵ de que las leyes creadas por la civilización moderna, entre ellas, como no podía ser de otra forma, las civiles y penales, son causa de los males en nuestros países, inaplicables en pueblos atrasados cuya vigencia sólo lograba situaciones caóticas con el costo de “raudales de sangre y devastaciones de campos y ciudades”.¹⁰⁶

Lo cierto es que dentro de las primeras medidas la nueva Asamblea Nacional Constituyente, bajo la égida Carrera también se derogan las leyes que hacían laica la educación y se atribuye al presidente del Ejecutivo el nombramiento de los jueces.¹⁰⁷ La Ley Constitutiva del Poder Judicial, Decreto núm. 73 de la Asamblea Constituyente del 16 de diciembre de 1839, declara la abolición de la conciliación como trámite previo al procesamiento judicial, restablece la inmunidad eclesiástica, y reinstala el temido sistema de juzgamiento inquisitivo. Se dictaron leyes que obligaban el trabajo indígena, restaurando en cierta forma la encomienda.

Un decreto emitido el 27 de septiembre de 1845 se ordena que “Ningún acto del Poder Legislativo ni Ejecutivo está sujeto a la

¹⁰⁴ Contreras, J. Daniel, *Breve historia de Guatemala*, p. 99.

¹⁰⁵ Ospina, Carlos, *El autócrata*, Guatemala, José de Pineda Ibarra, 1967, p. 34. Cita a Hernández de León “Se quiso que la legislación fuera de acuerdo con la de los países avanzados, y lo que se logró un estado caótico que costara raudales de sangre y devastaciones de campos y ciudades”.

¹⁰⁶ Hernández de León, Federico, “La primera línea telegráfica”, *Nuestro Diario*, Guatemala, 17 de enero de 1927. Citado por Ospina, Carlos, *op. cit.*, nota 105, p. 34.

¹⁰⁷ Medida adoptada en el Decreto de la Asamblea nacional Constituyente núm. 65, del 3 de enero de 1839.

revisión de los tribunales de justicia, los cuales no pueden conocer de la nulidad o injusticia que aquellos contengan”.¹⁰⁸

El 10 de enero de 1852, 32 años después de la Independencia, se formaliza lo que ocurría en una sociedad sin leyes vigentes, dice:

Artículo 5o. La misma Corte —Suprema de Justicia—, por autos acordados, proveerá en todo lo que conceptúe conveniente para coartar abusos y mejorar la administración judicial; poniendo en práctica y desarrollando, por este medio, las antiguas leyes y ordenanzas de justicia, en cuanto sean compatibles con el actual sistema de gobierno.¹⁰⁹

El decreto 88 de 24 de septiembre de 1852 suprime la libertad de imprenta: “En consecuencia no podrá imprimirse escrito alguno, que directa o indirectamente exalte las pasiones o distraiga la atención de los funcionarios públicos”.

El conservadurismo triunfa en el área y en cuatro de los cinco países centroamericanos se suprime todo lo construido por los liberales, se desmonta el Estado republicano.

La Ley Constitutiva de la República dictada el 4 de abril de 1859 regulariza la situación de hecho, al señalar en el artículo primero que “Siendo vitalicia la autoridad que ejerce el presidente de la República”.¹¹⁰ Se le asignan dentro de las numerosas prerrogativas, que no son otra cosa que poderes omnímodos: suspender o diferir las sesiones legislativas, llamar a nuevas elec-

¹⁰⁸ Citado por Jorge Mario García Laguardia, *El Tribunal Constitucional. Nueva institución de la Constitución guatemalteca de 1985. Derechos fundamentales y justicia penal*, Costa Rica, Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (Ilanud)-Juricentro, 1992, p. 386.

¹⁰⁹ Ley Reglamentaria adicional a la del 5 de diciembre de 1839, decretada el 10 de enero de 1852. *Digesto Constitucional de Guatemala. Revista del Colegio de Abogados*, Guatemala, s. f., p. 161.

¹¹⁰ Artículo 1. Acta en que se reforman algunos artículos de la Ley Constitutiva de la República, *ibidem*, p. 165.

ciones de representantes, nombrar e instituir a los magistrados y jueces, hasta las ejecutorias y provisiones de los tribunales se ordena se expidan a nombre del presidente de la República. Órganos del Estado a las órdenes y bajo la manipulación presidencial. Así de grande fue la involución.

No fue pues, como se cree o dice, que la legislación novedosa, los Códigos de Livingston o “la política *leguyalesca*”¹¹¹ republicana la que rompió el desarrollo del Estado nacional; pero si es cierto, que dada la existencia de los numerosos pueblos indígenas, fue gracias a las Leyes de Indias, por su naturaleza segregacionista, y a la organización municipal, que pudieron en buena medida subsistir, al permitir y mantener las condiciones objetivas y subjetivas de mantenimiento de sus costumbres y su derecho.

El historiador y jurista Antonio Batres Jáuregui, al que no puede señalársele de radical y que fungió como presidente del Poder Judicial de Guatemala a principios del siglo XX afirma que el reto republicano era demasiado grande porque: “mientras la mayor parte de un país dependa económicamente de una minoría rica y poderosa; mientras que lo que se llama pueblo sea analfabeto, lo que resultará ha de ser una oligarquía predominante o una dictadura y caciquismo”.¹¹²

La conclusión del citado autor es una conclusión sobre los hechos que presencié. Es evidente que no hubo en el sector oligárquico interés por construir un Estado moderno y que existía desinterés en los pueblos indígenas por los beneficios que formalmente ofrecían los derechos ciudadanos.

Como hemos visto, son muchos los motivos que llevaron a la ruptura y al “retroceso puntual hasta la Colonia, con abolición de todas las leyes liberales y persecución de todos aquellos que

¹¹¹ Arriola, Jorge Luis, *Gálvez en la encrucijada. Ensayo crítico en torno al humanismo político de un gobernante*, México, Costa-AMIC, 1961, p. 31.

¹¹² Batres Jáuregui, Antonio, *La América central ante la historia, 1821-1921. Memorias de un siglo*, Guatemala, Ediciones del Organismo Judicial de Guatemala, 1993, t. III, p. 83.

las habían sacado adelante”.¹¹³ Como puede verse el mismo hecho tiene efectos negativos y positivos. Negativos para todos los guatemaltecos y sus diferentes pueblos porque consagró el poder oligárquico con detrimento de todos, y positivo, porque permitió la sobrevivencia de la cultura indígena.

La rebelión de Carrera es la primera que en Centroamérica logró la masiva participación popular, paradójicamente contra el Estado que hubiese logrado cambios favorables para aliviar su situación de marginación ancestral. Coincide la promulgación de las nuevas leyes republicanas la peste del cólera.

El gobierno vitalicio¹¹⁴ del dictador Rafael Carrera fue el más conservador de todos los que han existido en Guatemala y en toda Centroamérica, instauró la arbitrariedad y no permitió oposición. Fue el mejor aliado de los intereses de Gran Bretaña en la región, disolvió La Federación Centroamericana, entregó Belice, luchó y venció sobre todos los intentos de restauración de la unidad regional y apagó las luces de la Ilustración que encendieron los próceres independentistas.

Con la restauración de las Leyes de Indias quedan oficialmente restablecidas las poblaciones indígenas. En este punto hay que señalar que el principio de igualdad republicano afectaba los intereses de las comunidades indígenas porque concurría con una práctica social y cultural de discriminación y marginación. Se les concedía el carácter de ciudadanos pero sin oportunidades de mejora social y de representación en los órganos del Estado.

El Dictamen de la Comisión de Organización para Establecer un Régimen de Protección y Fomento a Favor de los Indios, elaborado por la Asamblea del Estado de Guatemala en 1839 y que da lugar a la restauración, publicado en el periódico *El Tiempo* del 2 de agosto de ese año, afirma que “bajo el pretexto de una igualdad... atendida su falta de instrucción inculpable, han veni-

¹¹³ Monteforte Toledo, Mario, *Mirada sobre Latinoamérica*, San José, Universitaria Centroamericana Educa, 1975, p. 101.

¹¹⁴ Acta de 1855 en que se Reforman Algunos Artículos de la Ley Constitutiva de la República de 1851.

do a quedar abandonos y expuestos a sufrir toda clase de vejaciones sin tener una autoridad que defienda sus derechos y menos que se ocupe de promover su bienestar”.¹¹⁵

Al igual que en Francia y en cualquier sociedad que impulsa un Estado nacional, el liberalismo planteaba una nación, un idioma, una cultura, unos ciudadanos con iguales derechos, una economía. No se había planteado entonces lo relativo a las naciones multiétnicas. Por tanto, el régimen liberal amenazaba la propiedad comunal de la tierra y hubiese provocado su proletarización o su consolidación como campesinos propietarios de pequeñas extensiones de tierra, si es que hubiesen podido conservar las propias.

Como señala Taracena Arriola, “el paso que Carrera había dado en 1839 había sido el de incorporar a la política del Estado republicano la dimensión indígena negada por el proyecto de igualdad ciudadana de los liberales, legitimándose con ello como líder nacional”.¹¹⁶ Pero es necesario acotar la conclusión del historiador. No se trataba de medidas propias de un Estado republicano sino de disposiciones idóneas de la destrucción del mismo, aunque cabe considerar que la medida procedía para garantizar la organización política, social y cultural indígena y, que como ya vimos encontró un campo de recreación en los espacios generados por las Leyes de indias. Pero el dictador gobernó 30 años, no lo hizo por esos fines, sino para mantener la explotación indígena y proteger el sistema latifundista de producción que utilizaba por temporada de cosecha la mano de obra indígena en los trabajos agrícolas. Aunque justo es decir que sirvió para el fin de mantener la existencia y la identidad de los pueblos indígenas.

Wyld Ospina,¹¹⁷ otro historiador, señala que el gobierno de Carrera dio fin a las luchas intestinas, dio seguridad para la vida y el trabajo y garantías a los propietarios, que mantuvo “el esplendor y dominio” de la religión católica, una administración de la ha-

¹¹⁵ Taracena Arriola, Arturo, *op. cit.*, nota 72, p. 272.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 340.

¹¹⁷ Ospina, *op. cit.*, nota 105, pp. 29-35.

cienda pública honrada, el respeto internacional para Guatemala y la hegemonía de la antigua metrópoli sobre los Estados de Centroamérica. Agrega que el dictador vitalicio gobernó conforme la mentalidad reinante de la sociedad monástica de la Colonia que consistía en creer que el bienestar de los pueblos se basaba en causas teológicas, por lo que la primera función de los gobiernos era asegurar a los pueblos la pureza y la fuerza de la fe religiosa. Aunque reconoce que fusiló a sus enemigos, que gobernó para los ricos y las clases privilegiadas para lo que contó con el prestigio colonial y aristocrático de las mejores familias y con el ideario espiritual del clero, al que devolvió tierras, privilegios, templos y poder.

Coincide con estas afirmaciones el historiador nicaragüense Cruz Sequeira, para quien la vida republicana carecía de elementos de civilización suficientes para edificar un modelo republicano de convivencia social,¹¹⁸ mientras que los caudillos absolutos que han gobernado nuestros países y que todavía lo hacen o buscan el poder en no pocos de la región que comienza al sur del Río Bravo, no necesitan leyes, ni jueces, sólo de autoridad y de fuerza. En todo caso, no todo puede ser malo o todo bueno; pero sí en un gobierno cualquiera, conservador o liberal, se ajusta a las reglas republicanas, se crean condiciones de progreso y estabilidad, como lo demuestran los cuatro gobiernos conservadores de Nicaragua sucesivos y electos mediante sufragio entre 1858 y 1893.

Los indígenas en realidad no apoyaron a Carrera, menos al sector oligárquico. Defendieron sus instituciones, sus formas de vida, su identidad, lengua y cultura. Los liberales, que planteaban la formación nacional no lo entendieron. Así, Pedro Molina, el prócer en su obra *El Loco*, se pregunta: “¿Para qué promover la independencia de Centro América? De este país inculto, cargado de indios bien hallados con los azotes, los repartimientos y los mandamientos, con el tributo, los diezmos, las cofradías y con servir como

¹¹⁸ Cruz Sequeira, Arturo, p. XXI.

bestias de carga a las órdenes de cualquiera, y no pagados o mal pagados".¹¹⁹

Estamos ante el trágico precio que han pagado los indígenas y el pueblo de Guatemala, que no tiene que ver con herencias coloniales sino con decisiones políticas de las que somos responsables y de las que debemos estar conscientes para avanzar a la construcción de la nación multiétnica que conformamos por la coexistencia de varios pueblos, culturas y lenguas en un mismo territorio, unidos por el amor común a la tierra que habitamos, la religión cristiana, el idioma español, el ayuntamiento como forma de organización local, la historia, el derecho y el Estado republicano y las posibilidades de la democracia.

X. EL MUNICIPIO COMO FRONTERA

Hicimos el recorrido histórico anterior con el objetivo de connotar cómo el Municipio en las poblaciones indígenas fue acogido, inmediatamente a la conquista y matizado para configurarlo en núcleo central de su organización social y política. Este fenómeno similar y paralelo al sincretismo religioso (como conciliación de concepciones filosóficas) y especie de sinergia de convivencia de culturas se constituyó y consolidó como la estructura principal de mantenimiento, participación y defensa de la identidad indígena y de ejercicio de sus derechos.

Las leyes de Indias, al reconocer los usos y costumbres de las poblaciones indígenas, regidas por el municipio y las leyes de restauración dictadas con motivo de la derogatoria de los Códigos de Livingston, propiciaron las condiciones de mantenimiento y desarrollo de la organización comunitaria *"fundamentada en la solidaridad y en el respeto a sus semejantes y una concepción*

¹¹⁹ Lascaris, Constantino, p. 426.

*de la autoridad basada en valores éticos y morales*¹²⁰ como lo señalan los Acuerdos de Paz.

Todas las Constituciones y códigos municipales que se dictaron entre 1838 hasta la de 1965, a pesar de las diferentes motivaciones de absorción, integración, paternalismo, discriminación, intentos de aculturación y demás, sobre lo que existen numerosos estudios, mantuvieron de alguna manera los espacios municipales que permitían la aplicación del derecho indígena y de los usos y costumbres de las poblaciones, incluso las llamadas ladinas, al mantener en el alcalde la función de juez de Paz.

Verbigracia, El artículo 47 de la Ley para las Municipalidades de la República de Guatemala, decreto núm. 242 dictado por Justo Rufino Barrios el 30 de septiembre de 1879 señala en el artículo 47 que los alcaldes “harán las veces de jueces de paz, en los distritos en donde no los haya y tendrán la jurisdicción, deberes y atribuciones que les designa el código en materia de justicia”¹²¹.

Hasta antes de la vigencia de la actual Constitución de 1985 el Municipio al ejercer la judicatura de los casos sencillos de su competencia, era una frontera tanto si quiere tomar el concepto como línea que separa los dos derechos que concurren en nuestra nación, el estatal y el indígena, o como lugar límite, principio y fin, de encuentro y recreación de los dos derechos para resolver conflictos entre personas con la misma o diferente cultura.

Paradójicamente fue la restauración democrática y las exigencias republicanas de independencia del Poder Judicial, lo que en 1985 llevó a suprimir las funciones jurisdiccionales de los alcaldes. El artículo 203 constitucional determina que sólo los tribunales de justicia tienen la potestad de juzgar, que dicha función se ejerce con exclusividad por los tribunales de justicia y que

¹²⁰ *Acuerdo sobre Identidad y Derechos los Pueblos Indígenas. Los Acuerdos de Paz*. Publicado por la Institución del Procurador de los Derechos Humanos, Guatemala, Litografía Multicolor, 1997, p. 46.

¹²¹ Decreto núm. 242 Ley Para las Municipalidades de la República de Guatemala, 30 de septiembre de 1879.

ninguna otra autoridad podrá intervenir en ella. El 207, que la función de juez es incompatible con cualquier otro empleo. Una medida correcta y necesaria para el fortalecimiento del Poder Judicial y de la potestad de juzgar, si en el país sólo hubiera una cultura y un derecho.

La Ley Electoral y de Partidos Políticos, decretada también por la Asamblea Nacional Constituyente en el Decreto 1-85 reafirmaba la necesidad de la decisión constitucional citada arriba, porque las nuevas regulaciones dificultaban la organización de comités cívicos y dirigían la participación ciudadana a través de los partidos políticos, lo cual implicaba la desarticulación de las organizaciones indígenas que participaban en la designación de sus ayuntamientos.

Las dos decisiones, la constitucional y la electoral, corresponden a necesidades republicanas, pero esencialmente reflejan una forma de regulación jurídica igualitaria, que no comprende en el término de abarcar, pero si se quiere, también en el de entender el carácter multiétnico, pluricultural y multilingüe ni la identidad y los derechos políticos, económicos, sociales y culturales de los pueblos indígenas de Guatemala.

Al perder el municipio indígena la posibilidad de aplicar el derecho autóctono y el reconocimiento del Estado, pasaron muchas cosas, entre ellas surgieron o se fortalecieron instituciones paralelas, con el problema de la falta de la posibilidad de ejercer la coacción; se han desarrollado métodos alternos de solución de conflictos, pero al mismo tiempo se ha debilitado el poder local y la cohesión indígena, se ha formado y aumenta una sensación de incertidumbre e inseguridad, de amenaza que como expresión más grave de insatisfacción, dolor e impotencia provoca condiciones emotivas que han incidido en la práctica de linchamientos. Fenómeno que también ocurre en todos los grupos sociales, por la dificultad para la tutela de derechos, la impunidad y el delito. Habrá que analizar en este fenómeno, ello, la incidencia del cierre de la justicia expedita, sencilla que antes realizaban los juzgados de paz municipales.