

PODER PUNITIVO Y PLURALISMO JURÍDICO

PUNITIVE POWER AND LEGAL PLURALISM

Luis Rodolfo Ramírez García¹

INTRODUCCIÓN

La transición democrática en América Latina, iniciada en la década de los ochenta del Siglo XX adquiere un significado histórico para los pueblos indígenas. En el caso de Centroamérica, especialmente en Guatemala, los pueblos indígenas lograron en los últimos treinta años posicionar en la agenda de políticas públicas sus legítimas demandas. Durante décadas del conflicto armado interno, los pueblos indígenas fueron objeto de increíbles atrocidades, de acuerdo con la Comisión de Esclarecimiento Histórico, se cometieron millares de violaciones a los derechos humanos, incluido actos de Genocidio.

Los pueblos indígenas lograron sobrevivir a esta tragedia, como ya lo habían hecho hace quinientos años durante la conquista, colonización y marginación en las nacientes repúblicas del Siglo XIX. Su sobrevivencia como comunidad se debe, en gran medida, el haber mantenido su cosmovisión, su idioma, un sistema de cargos con amplios niveles de legitimidad y su propio sistema jurídico efectivo como espacio de gestión de la conflictividad social, con demostrada capacidad para contener los niveles de violencia.

La transición democrática también significó enfrentar nuevos retos que la globalización y el neoliberalismo imponen: expansionismo del capitalismo del Siglo XXI, que, para los países del Tercer Mundo, en especial para las comunidades indígenas, significa el deterioro ambiental debido a la minería extractiva, el monocultivo promovido por la agroindustria y asumir la tragedia de la emigración de jóvenes y niñez causada por los niveles de pobreza y marginación.

Este marco de referencia provee al presente ensayo insumos para iniciar la reflexión sobre la relación entre comunidades indígenas y el poder punitivo, el que ejerce el Estado como violencia para gestionar la conflictividad social. Dos elementos

¹ Licenciado en derecho, Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad de San Carlos de Guatemala. Correo: luisrodolfoaramirezgarcia@gmail.com

sobresalen en la reflexión. La primera, hacia el interior de la comunidad: la utilización del pluralismo jurídico comunitario, que en el caso de Guatemala, ha logrado mantener una distancia del poder punitivo del Estado. Las razones son diversas, pero sobresale la capacidad de contención que el sistema jurídico indígena mantiene respecto a la conflictividad y la violencia social.

Un segundo elemento, hacia afuera de la comunidad, el componente político de relacionamiento en el contexto país. Aquí sobresale el haber aprovechado la coyuntura política de la transición democrática, en especial los Acuerdos de Paz en 1996, para posicionar en la agenda nacional parte de su problemática que incide en la marginación y pobreza de la población.

La reflexión es inicial, y propia para continuar con una investigación que incluya trabajo comunitario para identificar con mayor detalle, las fortalezas y debilidades que ofrece la organización comunitaria para enfrentar su relacionamiento conflictivo con el sistema de justicia del Estado, y aprovechar también las ventajas que puede ofrecer este sistema para gestionar la conflictividad local y nacional.

PUNTO DE PARTIDA

En la década de los ochenta del Siglo XX, América Latina inició un proceso de transición hacia la democracia. El antecedente inmediato de este hecho histórico está marcado por gobiernos militares orientados por la doctrina de la Seguridad Nacional. La característica central de la situación previa fue la conformación de gobiernos militarizados que, orientados por una visión anticomunista, desplegaron un poder violento ejercido sin límites y cuyos resultados fueron graves, masivas y sistemáticas violaciones a los derechos humanos.

La transición se realizó dentro de un contexto mundial complejo, que incluyó caída del Muro de Berlín, símbolo de separación entre los regímenes de cultura democrática occidental europea y la cultura del socialismo real encabezado por la Unión de Repúblicas Socialistas (Unión Soviética). Luego de este hecho se produjeron sucesos políticos de impacto importante en la geopolítica: desintegración de la Unión Soviética.

En América Latina, los cambios incluyeron la salida de gobiernos autoritarios, en muchos países reformas constitucionales, elecciones libres, amnistías de distinta naturaleza y en otros, como en Centroamérica, abandono de las luchas armadas para

acceder al poder, reformas constitucionales y Acuerdos de Paz entre la insurgencia y los gobiernos. A principios del año 2001, prácticamente todos los países, con excepción de Colombia que lo hizo parcialmente y la experiencia Zapatista en México que demostraba nuevos métodos de resistencia y reivindicación de derechos para los pueblos indígenas, los movimientos armados habían desaparecido, el acceso al poder se había institucionalizado a través de elecciones libres y realizado transformaciones institucionales que incluyeron el régimen electoral, la justicia constitucional, la veeduría sobre los Derechos Humanos y reformas al sector justicia y seguridad.

Si bien la transición hacia la democracia liberal en América Latina, principalmente en el norte de Centroamérica, ha traído como principal resultado romper con la tradición militarista de violaciones masivas a los derechos humanos en la región y la inclusión de mecanismos democráticos formales para garantizar la alternancia en el poder, esto no significa que las desigualdades económicas y sociales, no resueltas con el nacimiento de las repúblicas independientes del Siglo XIX, que motivaron, y justificaron de alguna manera, los movimientos insurgentes de la segunda mitad del Siglo XX, se hayan resuelto o al menos generar las condiciones de cambio estructural, por el contrario, en algunos casos, como en el norte de Centroamérica, se agudizaron e incluso generaron el incremento de un fenómeno ya latente en los años setenta y ochenta del Siglo XX, motivado por razones económicas, políticas y de violencia local: las migraciones de población desplazada de los beneficios económicos.

Los Estados, que se encontraban lidiando con la transformación de sus instituciones para ajustarlas a las exigencias del modelo democrático liberal, no tienen la capacidad, y muchas veces tampoco la voluntad, de responder a las crecientes demandas sociales ni a la conflictividad y violencia social, así como tampoco al también creciente fenómeno de la corrupción y violencia que genera el narcotráfico, por el contrario, la respuesta se ha concentrado principalmente en su capacidad coercitiva del sistema punitivo.

El sistema penal, como mecanismo de control social violento contra la disidencia ha tenido diferentes fenomenologías y actores. Durante la época de gobiernos militares, bajo la orientación de la Doctrina de la Seguridad Nacional, consolidó un sistema penal subterráneo, paralelo y en coordinación con el sistema penal formal, a través del cual identificaba a los opositores, los torturaba y/o los eliminaba. Se asumió así una guerra en contra de cualquier opositor al sistema

político, ya sea este delincuente por motivos políticos (subversión), o bien opositor político sin violencia en contra del status quo. El testimonio de un militar ante la Comisión de Esclarecimiento Histórico de Guatemala (CEH) nos puede servir de referencia:

Para qué voy a capturar a un guerrillero si no lo puedo llevar a un juicio, si no va a haber nadie que se ponga contra él. Es mejor tenerlo muerto que vivo porque quizás el tribunal lo va a poner libre en 15 días. Lamentablemente esta fue mi visión, nunca se nos pasó la idea de capturarlos y llevarlos a un tribunal, nunca lo pensamos. En todo caso, cuando se le capturaba el procedimiento fue hablar con él y sacarle información y, dependiendo de lo que supiera, se quedaba en el Ejército. La mayoría sí es posible que fuera ejecución extrajudicial. (CEH, 1998, p. 115).

El período postconflicto, que incluye la transición a la democracia, el abordaje de la conflictividad se transforma. El abandono de la Doctrina de la Seguridad Nacional implica un espacio que deberá construirse en base a los distintos grupos sociales con poder político que interactúan en conflicto y encuentran acuerdos.

Para Centroamérica la Revolución Sandinista en 1979 trajo consigo escenarios de crisis política y de agudización de la confrontación bélica en la región. La reacción de los gobiernos militares en Guatemala y El Salvador fue totalmente desproporcionada. Diez años de confrontación hasta la caída del Muro de Berlín y el desplome de la Unión Soviética, permitieron comprender que la esperada Revolución Socialista, al estilo Cuba o Vietnam ya no era posible². Por otro lado, sectores militares, político tradicional y económico también asumieron que no podrían derrotar completamente al movimiento guerrillero. Los Acuerdos de Paz en los tres países en guerra interna se impusieron inevitablemente para desembrazarse del conflicto armado interno. La lucha social por el cumplimiento de los Acuerdos de Paz marcó la agenda de los movimientos sociales y de los gobiernos en el futuro próximo de los tres países. Esta situación coyuntural constituyó una presión constante para construir acuerdos para la solución de determinada conflictividad social.

Los Acuerdos de Paz, que desencadenaron la transición democrática, posibilitaron la participación política de diversos sectores que durante décadas fueron invisibilizados. Al igual que en el cono sur, la transición hacia la democracia, planteada

² Esta afirmación es circunstancial del momento histórico. No se intenta negar las posibilidades de construir un régimen socialista. Este ensayo no tiene la finalidad de afirmar o negar esta posibilidad, sino que por la vía armada, en ese momento histórico, no era posible construir un régimen socialista.

al inicio en su concepción liberal tradicional, evolucionó con la participación de actores sociales marginados.

Es una disputa por el significado de la democracia misma, que alejándose de una concepción formalista y liberal satisfecha apenas con la elección popular de los representantes, se afiance en una justicia social e igualitaria. La recuperación de la participación política fue la herramienta que permitió ampliar la legitimidad de los gobiernos y, a su vez, el canal para hacer sentir las demandas sociales largamente postergadas (PICCONE, 2017, p. 53)

En el caso de Guatemala, los Acuerdos de Paz constituyen un proceso de discusión entre dos facciones enfrentadas ideológica y en forma bélica. Las negociaciones iniciaron el 7 de agosto de 1987 (CEH Tomo 1 1998, 262), dos años después de entrar en vigencia la nueva Constitución y de iniciado el primer gobierno civil a través de elecciones sin fraudes. Están conformados por 12 acuerdos firmados desde 1991 hasta 1996. El primero, 1991, fue el Acuerdo Marco para la Búsqueda de la Paz por Medios Políticos. En éste es contundente respecto a acceder al poder por elecciones, profundizar en la participación de la sociedad civil en la política, el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y transparencia en el proceso electoral. Otro acuerdo importante es el Global de Derechos Humanos (1993), en el cual se reconoce a las víctimas del conflicto armado interno y la instauración de la comisión de la verdad para establecer las causas que dieron origen al conflicto, las violaciones a los derechos humanos y los efectos producidos. El tercer acuerdo fundamental fue el de Reasentamiento de las Poblaciones Desarraigadas por el Enfrentamiento Armado, que incluye el retorno de las poblaciones desplazadas por la guerra, que salió al exilio en forma masiva o que asumieron un estilo de vida nómada en la selva, escapando de la represión militar. El acuerdo que reconoció a los pueblos indígenas como actores sociales fue el de Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas (1995). En consideración a la problemática agraria y la situación socioeconómica, se firmó el Acuerdo sobre Aspectos Socioeconómicos y Situación Agraria (1996). Antes de finalizar con el Acuerdo de Paz Firme y Duradera, se realizaron tres compromisos políticos importantes: el Acuerdo sobre Fortalecimiento del Poder Civil y Función del Ejército en una Sociedad Democrática, que implicó modificaciones profundas al sistema de justicia y al sistema de seguridad; el Acuerdo Sobre Reformas Constitucionales, con las cuales se esperaba el reconocimiento

constitucional del Pluralismo Jurídico y reformas a las instituciones de justicia³; y por último, el acuerdo sobre una amnistía para delitos políticos y conexos, con lo cual se logró la incorporación del movimiento guerrillero a la actividad política legal.

Los Acuerdos de Paz, como puede comprenderse, constituyen el abandono, por parte del movimiento revolucionario, de la vía armada para imponer un sistema socialista, el cual llevaría a la dictadura del proletariado, tal como lo indica el marxismo clásico (CASALLA, 1975, p. 39). Pero también se asume que las luchas por los cambios estructurales pasan por el reformismo, que tiene como base, según Boaventura de Sousa Santos, “una extensa utilización del Derecho, ya que la transformación gradual del Estado capitalista en Estado socialista ha de ser llevada a cabo a través de reformas sociales operadas en el interior del armazón constitucional vigente” (RIVERA LUGO, 2014, p. 163).

Los ámbitos de reformas en materia de justicia y seguridad, luego de los Acuerdos de Paz, abarcan un amplio espectro, las cuales incluye el reconocimiento del Derechos indígena y transformaciones profundas del sistema de justicia penal (normativas e institucionales), con la finalidad de desarrollar las garantías constitucionales y la efectividad de la justicia como mecanismo de resolución de conflictos. A pesar de no haberse alcanzado la reforma constitucional para su inclusión, el derecho indígena ha sido reconocido a través de la ratificación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales, el 5 de marzo de 1996. De conformidad con la Constitución de Guatemala y su jurisprudencia, por ser un tratado en materia de derechos humanos, adquiere rango constitucional.

Por la extensión del tema y el espacio para su análisis, nos concentraremos en las implicaciones del reconocimiento del pluralismo jurídico, en lo específico del derecho indígena. Previo a este análisis resulta importante identificar algunos elementos básicos que considero fundamentales para comprender las implicaciones del reconocimiento del derecho indígena en la justicia penal.

PODER PUNITIVO Y PLURALISMO JURÍDICO

³ Las reformas constitucionales propuestas no fueron aprobadas en la consulta popular en 1998. Los partidos políticos progresistas y el movimiento social no tuvieron la capacidad de realizar una campaña a favor de la aprobación de las modificaciones constitucionales.

La idea que está asociada al poder punitivo es su carácter de ejercicio de violencia del Estado sobre sus gobernados. En este sentido es un acto de dominación más oprobioso que puede ejercerse contra una persona y está relacionado íntimamente con el Estado. Si esto es así, el poder punitivo surge con el Estado, y sin él no podría existir. Al respecto se afirma que el poder punitivo

aun cuando rodeado de límites y garantías, conserva siempre una intrínseca brutalidad que hace problemática e incierta su legitimidad moral y política. La pena, cualquiera que sea la forma en que se justifica y circunscribe, es en efecto una segunda violencia que se añade al delito y que está programada y puesta en acto por una colectividad organizada contra un individuo. (FERRAJOLI, 2006, 21).

Tres elementos sobresalen de lo expuesto por Ferrajoli que merecen atención. En primer lugar, el poder punitivo es violencia y por lo tanto resulta fundamental describir y dar razón de su fenomenología y utilidad; en segundo lugar, lo relativo a la colectividad organizada que se encarga de su aplicación; y en tercer lugar los límites y garantías que rodean su aplicación. Atendiendo a nuestro interés, debemos agregar un cuarto elemento, no menos importante, la relación que tiene el poder punitivo con el pluralismo jurídico, es decir, si lo incorpora, es complementario, subsidiario o bien contrario.

Que el poder punitivo sea violencia implica dar razón de sus diferentes manifestaciones presentes e históricas. Como violencia es la expresión de cierta dosis o intensidad de dolor infringido a una persona como respuesta sancionatoria a una infracción calificada como delictual, aunque en la historia también se ha aplicado porque las personas reúnen algunas características personales que lo catalogan como peligroso ¿Cuánto dolor humano se ha propiciado por parte del Estado en la historia de la humanidad? ¿Ha resultado algo positivo de esta violencia del Estado? Se afirma que “la historia de las penas es sin duda más horrenda e infamante para la humanidad que la historia de los delitos” (FERRAJOLI, 2006, p. 385). Es razonable esta afirmación si se cuenta por ejemplo diversas maneras, creativas y extravagantes, para aplicar la pena de muerte, la tortura, los azotes y latigazos. Lo más doloroso para la humanidad no solo radica en su fenomenología, sino que además se haya creado profesiones y organización especializada para su aplicación. El desarrollo de la burocracia especializada es sin duda uno de los elementos claves para explicar el grado de desarrollo de un Estado en la actualidad, pero también en la historia. Por ejemplo, el

responsable de infligir el dolor humano en la edad media, el verdugo, desarrolló técnicas específicas. En la actualidad no es ajeno el aprendizaje de metodologías como las descritas “técnicas de interrogatorio mejoradas” que incluye torturas a prisioneros acusados de terroristas por los atentados del 11 de Septiembre de 2001. A la profesionalidad del verdugo debemos agregar la del policía, los fiscales, los jueces, los abogados, la cárcel como subcultura organizacional, los cuerpos de inteligencia que están asignados para recuperar información sobre la criminalidad, y por supuesto, las facultades de derecho, que reproducen la ideología y la cultura jurídico-penal.

De acuerdo a nuestra guía de análisis, es importante ahora contemplar sobre los límites y garantías de su aplicación. El aporte del Iluminismo, materializado en las Constituciones y legislación que produjeron la Revolución Francesa, Norteamericana e Inglesa, resultan clásicas para establecer un sistema de garantías que limita el uso arbitrario del poder punitivo con el fin de preservar las libertades.

De lo descrito, deducimos que la existencia del poder punitivo y el Estado, según lo expresa la historia, resultan inseparables. El poder punitivo surgió con el Estado y le ha acompañado en el transcurso de su historia. Las dos posiciones para explicar el surgimiento del Estado (liberal y el marxismo) nos proponen, con distintos argumentos, el surgimiento del poder punitivo.

Para Hobbes el Estado surge en la transición del estado naturaleza y sociedad civil (FERNÁNDEZ, 2016, p. 24). En el Estado naturaleza, que es el inicial, los seres humanos son tomados en su singularidad, no asociados, no político, dominado por sus pasiones, viven en lucha permanente entre sí, en ausencia de un orden y poder común. Predomina la incertidumbre sobre la sobrevivencia, pues se vive en permanente riesgo de muerte. A cada individuo lo motiva su sobrevivencia y por lo tanto, se justifica la agresión para poder apropiarse de los bienes necesarios para la vida. En el estado naturaleza, los seres humanos se encuentran en condiciones de igualdad, entendida como igualdad en las pasiones y fuerzas para utilizarlas para su sobrevivencia; igualdad en derechos para apropiarse de las cosas que necesiten y deseen tomar; e igualdad en las pasiones, en especial la codicia para adquirir poder.

La igualdad que produce el estado naturaleza, en especial la codicia, provocan desconfianza y la guerra constante entre todos. La desconfianza que tienen todos contra todos imposibilita la cooperación mutua. El peligro latente de muerte y la desconfianza mutua, provocan la inseguridad permanente. No es que el conflicto

directo exista siempre en el estado naturaleza, sino que su situación provoca inseguridad y beligerancia latente. El ser humano, por su avaricia de adquirir más poder, es por naturaleza egoísta (CASALLA, 1975, p. 39).

El riesgo latente de perder la vida, o mejor dicho el miedo a la muerte, es el estímulo principal para salir del estado naturaleza y pasar al estado civil. La razón, que Hobbes define como capacidad de hacer cálculos, de deducir ciertos principios y consecuencias lógicas, la asocia al estado civil. Por medio de la razón, el ser humano deduce que, para eliminar el riesgo de muerte y disminuir la inseguridad, es necesario salir del estado naturaleza. La razón le indica que es necesario establecer acuerdos con otros para renunciar al estado naturaleza, para lo cual eligen a un soberano, o bien una asamblea, quien dictará las normas que deberán cumplir todos para garantizar la vida y salir del estado naturaleza. Entre más se adhieran al pacto, el soberano podrá ejercer su poder con menor dificultad. El pueblo es producto del pacto, pues en el estado naturaleza son individualidades (CASALLA, 1975, p. 35).

Los seres humanos renuncian a resolver sus diferencias y, por propia voluntad, entregan el poder al soberano para crear las normas necesarias para la convivencia en paz y seguridad. Los seres humanos renuncian a todos sus derechos, incluso a la libertad de usar sus propias facultades para atacar a otros. El único derecho que queda salvaguardado es la vida, la cual pueden salvar siempre que esté amenazada.

El ejercicio de la fuerza, o violencia, para dirimir controversias queda a cargo del soberano, es decir el Estado, ahora como titular del uso del poder punitivo, podrá hacer uso de la violencia legítima, pues todos han renunciado a hacerse la guerra a través del pacto entre iguales. El pacto es racional, como todas las normas que emanan del soberano. Sin el poder punitivo, el soberano carece de capacidad de hacer cumplir el pacto.

Para la teoría marxista, el Estado monopoliza la violencia para garantizar la hegemonía de la clase dominante sobre la clase dominada. En este sentido, el poder punitivo surge siempre con el Estado, pero a diferencia de los liberales, el Estado es producto de la lucha de clases. Para Lenin

Las clases son grandes grupos de hombres que se diferencian entre sí, por el lugar que ocupan en un sistema de producción históricamente determinado, por la relación en que se encuentran frente a los medios de producción (relaciones que las leyes fijan y consagran), por el papel que desempeñan en la organización social del trabajo y, por consiguiente, por el

modo y la proporción en que perciben la parte de riqueza social de que disponen. (CASALLA, 1975, p. 40)

El Estado, como institucionalidad, organiza el poder punitivo para garantizar la hegemonía de la clase dominante, pero, el poder punitivo también deberá preservar el modo de producción imperante. Pashukanis (1980, p. 3) pone como ejemplo a la antigua Roma y Grecia, que tuvieron diferentes formas de gobierno (imperial y república), sin embargo, en cualesquiera de sus formas siempre prevaleció el hecho de que conformaron un Estado Esclavista, y por lo tanto, la relación de subordinación de los esclavos respecto a los esclavistas. De esta manera, el ejercicio del poder punitivo estaba orientado a asegurar el derecho de los esclavistas a disponer del trabajo y de los esclavos para explotarlos.

Muy distinto lo fue en la época medieval, durante la alta Edad Media (1200) en Europa (RUSH, 1984, p. 7). Lo importante era preservar la paz de las pequeñas comunidades y el status social entre iguales. Las penas principales lo fueron las pecuniarias, sin embargo, si el condenado no podía cubrir la pena pecuniaria, ésta se convertía en pena corporal (dolor físico o la cárcel que era considerada pena corporal). Posteriormente, se incluyó la confiscación de bienes como penas con fines fiscales, esto es, las penas pecuniarias se consolidaron como una forma de incrementar la riqueza de los Estados Feudales. Ya para mediados de 1500, la pena de muerte resurgió como mecanismo para “depurar” poblaciones empobrecidas, adicionalmente, la mutilación (manos, dedos, pies, ojos) como pena también fue interpretada, ya no sólo como pena específica, sino como mecanismo de identificación de delincuentes.

El surgimiento de la cárcel como pena principal tiene relación con la consolidación del capitalismo como modo de producción dominante. Del dolor humano causado sobre los cuerpos, ahora será la privación de libertad. El proceso penal será público, incluso la lectura de la sentencia, pero la aplicación de la pena privativa de libertad se realizará en recintos carcelarios específicos. Ya no será el cuerpo ni la confiscación de bienes, ahora será el alma que sufre el dolor humano (FOUCAULT, 2008, p. 7).

Pashukanis desarrolló su obra dentro de un contexto de construcción y desarrollo del socialismo en la Unión Soviética. Convencido de que el socialismo, como dictadura del proletariado, tendrá que elaborar su propio derecho, que defienda los intereses de la clase obrera. El socialismo, bajo los términos de Pashukanis y

según la visión Marxista, el comunismo surgirá como una fase superior, en el cual desaparecerán las clases sociales y por lo tanto, también el Estado. Como elemento superestructural, el derecho, dentro de un contexto de una sociedad sin clases sociales, tendrá que desaparecer, al igual que el aparato coercitivo (poder punitivo), pues regirá el principio efectivo de “cada quien según sus capacidades, de cada cual según sus necesidades: esto no requiere derecho” (PASHUKANIS, 1980, p. 10).

El proceso histórico de finales del Siglo XIX y todo el Siglo XX ha demostrado que la perspectiva Marxista de la crisis del capitalismo y las experiencias socialistas no han ofrecido experiencias para el Tercer Mundo para romper su ciclo de explotación, colonización y pobreza (CASALLA, 1975, p. 40). El capitalismo se ha expandido y consolidado como expresión de poder económico y político en todo el planeta. La experiencia socialista ha quedado desacreditada debido a su autoritarismo, ineficacia, burocratismo y decaído hasta casi desaparecer. Las naciones llamadas socialistas, como la China, amplía su presencia en el mundo a través del libre mercado y con prácticas laborales propias del mundo capitalistas, construyendo una división interna entre ricos y pobres.

En el ámbito que nos ocupa, el poder punitivo, su expansión es impresionante. Si bien, cesaron las violaciones a los derechos humanos ejecutadas sistemáticamente por la doctrina de la Seguridad Nacional, América Latina experimenta una expansión de los procesos de criminalización. Con excepción de Uruguay y México, todos los países de la región experimentan sobrepoblación carcelaria que oscila entre 103% hasta un 354% con tendencia a crecer, Guatemala (342%), incluyendo aquellos países con reformas constitucionales profundas e innovadoras como Venezuela (320%); Ecuador (128%) y Bolivia (328%) (ILANUD, 2020, p. 7). Este incremento de la población carcelaria es interpretado por el predominio ideológico de los sistemas policiales basados en la seguridad ciudadana, la cual criminaliza preferentemente a los sectores urbanos marginados, provocando un debilitamiento de los vínculos sociales horizontales (solidaridad, simpatía) y el reforzamiento de los verticales (verticales, disciplina) (ZAFFARONI, 2002, p. 18).

En síntesis, para América Latina, en especial nuestro ámbito de análisis Guatemala, el Estado, como institución jurídica que gobierna un determinado espacio territorial, habitada por diversos conglomerados sociales (denominado pueblo), dentro de un modo de producción económico determinado y que impone su poder a través de un derecho, no ha significado una institución incluyente para comunidades que han

sobrevivido al colonialismo instaurado por la conquista, período durante el cual se les impuso un régimen de explotación y de exterminio. Tampoco fueron visibilizados como ciudadanos en la construcción del movimiento criollo de independencia de las nacientes repúblicas en el Siglo XIX, por el contrario, a pesar de un discurso de libertad, igualdad y confraternidad, fueron sometidos a ciudadanos de segunda clase, sobreviviendo a estructuras coloniales agrarias racistas. En el Siglo XX, estas comunidades, como en Guatemala, lograron sobrevivir a masacres organizadas por gobiernos militares, verdaderos genocidios, y ahora en el Siglo XXI sobreviven nuevamente a la invasión de su territorio por empresas extractivistas o monocultivos que empobrecen su medio ambiente. Además, debido a la carencia de inversiones para promover un desarrollo de acuerdo a su cultura, y presionados por la pobreza, se ven forzados a la expulsión migratoria de la niñez y juventud hacia los países desarrollados, cuyo tránsito se exponen a las mafias, la discriminación y un retorno forzado.

A pesar de la marginación, la explotación y el constante asedio cultural para provocar su etnocidio, estas comunidades tienen presencia en la actualidad, están vivas culturalmente, han logrado un reconocimiento político y mantienen su convivencia comunitaria a pesar de lo adverso. El desmontaje de la represión militar y los procesos de democratización les ha permitido ser visibilizadas y que se inicie un respeto a su cosmovisión, autoridades legítimas y sistemas normativos para gestionar su conflictividad local.

¿Qué oportunidades les ofrece la transición democrática? En el ámbito que nos ocupa, el poder punitivo, las comunidades indígenas se presentan como actores sociales con posibilidades de influencia. Con esto no se afirma que en la actualidad sean determinantes en la definición y configuración de una política criminal, como política orientadora del poder punitivo, y que tampoco se han consolidado como un grupo de presión definitiva en las políticas de acceso a la justicia oficial.

Para aclarar el enfoque de nuestro análisis tendríamos que reflexionar en dos ámbitos de acción como actores políticos: hacia dentro de las propias comunidades indígenas; y hacia afuera, es decir su ámbito de participación en la definición y configuración de las políticas públicas nacionales.

Para el ámbito interno de las comunidades han mantenido su eficacia y cohesión social. En este ámbito territorial y cultural, se manifiesta el pluralismo jurídico comunitario, “espacio formado por fuerzas sociales y sujetos colectivos con identidad

y autonomía propias, subsistiendo independientemente al control estatal” (WOLKMER, 2017, p. 207)

Elaboración propia en base a información de la Policía Nacional Civil y el Instituto Nacional de Estadística

Población indígena por departamento y TMXCM (Tasa de muertes violentas por 100,000 habitantes) año 2018

Departamento	%Indígena	TMXCM	Departamento	%Indígena	TMXCM
Quiché	88.6	1.9	Jutiapa	3.2	29.6
Totonicapán	97	2	Petén	32.4	31.8
Sololá	96.5	3.6	Santa Rosa	3	32.1
Huehuetenango	57.5	4.1	El Progreso	1.8	34.2
Alta Verapaz	89.7	6.5	Jalapa	0.1	34.2
San Marcos	30.3	8.4	Chiquimula	7.1	38.8
Baja Verapaz	55.8	9.9	Guatemala	14.2	42.4
Sacatepéquez	36.5	10.5	Izabal	26.9	43.3
Suchitepéquez	23.4	12	Escuintla	7.4	46.2
Chimaltenango	78.4	14.1	Zacapa	1	56.2
Quetzaltenango	51.7	17.9			
Retalhuleu	15.7	19.4			

En la tabla superior, se puede observar la relación que existe entre porcentaje de la población indígena y el índice de muertes violentas. Como es de conocimiento general, la tasa de muertes por cada cien mil habitantes constituye un indicador aceptado mundialmente para identificar el nivel de violencia de un país. En el caso de Guatemala, los índices son altos, oscilan entre 46 muertes por cien mil en el 2009, con una tendencia al descenso a 20 en el 2019. El descenso es un indicador positivo, sin embargo 20 muertes por cien mil está todavía muy alejado del promedio mundial de 7 por cien mil. Volviendo a nuestro análisis de relación de violencia y población indígena, los cinco departamentos que presentan una tasa menor al promedio del mundo tienen un alto porcentaje de población indígena, contrario a las altas tasas de población no indígena, presentan altas tasas de muertes violentas (DIÁLOGOS, 2019, p. 4).

Si bien es un indicador muy grueso, pues existen algunos departamentos que requieren mayor análisis, como Chimaltenango que tiene 79% de población indígena y presenta una tasa baja al promedio nacional, pero alta en relación a las otras poblaciones indígenas. Lo anterior es explicable, pues constituye una región que está en proceso acelerado de urbanización y su ubicación geográfica indica que una parte de este departamento es de tránsito alto de muchos departamentos. En contraste,

Quiché y Totonicapán sobresalen por sus altos niveles de organización comunitaria. En estos departamentos, las tasas de muertes violentas son muy bajas en un país que llama la atención por sus altos niveles de violencia.

Las comunidades indígenas han logrado mantener niveles de violencia bajos, lo cual legitima sus sistemas jurídicos y autoridades que los aplican. Estos sistemas jurídicos tienen origen colonial, han sobrevivido y mantenido su vigencia a través de los siglos hasta la actualidad. La legitimidad y eficacia en la gestión de la conflictividad comunitaria, ha permitido mantener una relación de distancia con el sistema de justicia oficial, lo cual implica mantener al sistema penal institucionalizado (policías, fiscales, jueces, sistema penitenciario y abogados) neutralizados dentro de sus comunidades.

En el ámbito de participación nacional, los liderazgos de las comunidades indígenas lograron posicionarse durante los procesos de negociación de los Acuerdos de Paz. De actores locales, sin trascendencia fuera de sus comunidades y bajo la represión militar, lograron aprovechar las oportunidades de la transición democrática, realizaron alianzas con sectores progresistas urbanos y con la comunidad internacional, que tuvo una presencia sin precedentes por más de dos décadas de Naciones Unidas (Misión de Naciones Unidas Para Guatemala, Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas y la Comisión Internacional Contra la Impunidad, CICIG), organizaciones de cooperación internacional y embajadas de países democráticos. Estas alianzas, en coyunturas claves, permitieron generar influencia para posicionar los temas en los Acuerdos de Paz, como la firma de un acuerdo de paz específico (Acuerdo de Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas). El Acuerdo contiene un conjunto de compromisos que abarca desde una Defensoría Maya, el reconocimiento del derecho indígena hasta mecanismos para promover la divulgación en medios de comunicación. El conjunto de acuerdos conforma una agenda de desarrollo integral para los pueblos indígenas.

En el ámbito de la jurisprudencia, la Corte de Constitucionalidad ha equiparado el Convenio 169 al mismo nivel que la Constitución, por lo tanto, es de obligatorio cumplimiento. De la misma manera, la jurisprudencia constitucional ha reconocido el pluralismo jurídico de las comunidades indígenas.

CONCLUSIÓN

Los sistemas jurídicos de las comunidades indígenas, gestados en la época colonial, prevalecen debido a su legitimidad interna y capacidad para gestionar la conflictividad comunitaria. Los bajos niveles de violencia que muestran las comunidades demuestran su efectividad para contener la conflictividad y la violencia social. Esta legitimidad les ha permitido a las autoridades y líderes comunitarios generar alianzas nacionales e internacionales efectivas, las cuales les permite mantener en agenda nacional las propuestas de solución a su problemática de reconocimiento como actores políticos y de sus sistemas jurídicos.

BIBLIOGRAFIA

CASALLA, Mario Carlos. Algunas precisiones en torno al concepto de “pueblo”. In: GARCÍA CAMPEIRO, Fernando (comp). **Cultura popular y filosofía de la liberación**. Argentina: Buenos Aires, 1975.

COMISIÓN DE ESCLARECIMIENTO HISTÓRICO (CEH). **Guatemala Memoria del Silencio**. Guatemala: Editorial Serviprensa, Tomo III, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**. España: Editorial Trota, 8 ed., 2006 (1995).

DIÁLOGOS. **Informe sobre la violencia homicida en Guatemala**. Guatemala, Observatorio de la violencia, 2019.

FERNÁNDEZ SANTILLÁN, José. **Hobbes y Rousseau, entre la autocracia y la democracia**. México: Fondo de Cultura Económica, 2. ed., 2016 (1988).

FOUCAULT, Michael. **Vigilar y Castigar**. México: Editorial Siglo XXI, 2008 (1976).

INSTITUTO DE NACIONES UNIDAS PARA LA PREVENCIÓN Y TRATAMIENTO DEL DELINCUENTE (ILANUD). **El sistema penitenciario ante la encrucijada**. Costa Rica, 2020.

PASHUKANIS, Eugenio B. Formaciones socioeconómicas y sociales, Estado y Derecho. In: BEIRNE, Piers; SHARLET, Robert (comp). **Pashukanis: Selected Writings on Marxism and Law**. Carlos Rivera Lugo (trad.), 1980.

PICCONE, María Verónica. La última dictadura militar. In: TORRES, Ramón; PICCONE, María Verónica (comp). **Democracia y Dictadura**. Argentina: Editorial de la Universidad de la Plata), 2017.

RIVERA LUGO, Carlos. Sobre la crisis actual de la forma jurídica. In: **Ni una vida más para el derecho, Reflexiones**. México, San Luis Potosí, 2014.

RUSH, George; KIRCHHEIMER, Otto. **Pena y Estructura Social**. Colombia: Editorial Temis, 1984.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Teoría Crítica del Derecho desde América Latina**. México: Ediciones Akal, 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Derecho Penal, Parte General**. Buenos Aires, Argentina: Editorial Ediar Sociedad Anónima, 2ed., 2002.