

UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

"EL SISTEMA DE TENENCIA DE LA TIERRA DE TIPO COMUNAL EN GUATEMALA A LA LUZ
DEL CONVENIO 169 DE LA OIT SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES EN PAÍSES
INDEPENDIENTES"
TESIS DE GRADO

KAREN LORENA RODRIGUEZ CUC
CARNET 15205-09

QUETZALTENANGO, JUNIO DE 2015
CAMPUS DE QUETZALTENANGO

UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

"EL SISTEMA DE TENENCIA DE LA TIERRA DE TIPO COMUNAL EN GUATEMALA A LA LUZ
DEL CONVENIO 169 DE LA OIT SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES EN PAÍSES
INDEPENDIENTES"
TESIS DE GRADO

TRABAJO PRESENTADO AL CONSEJO DE LA FACULTAD DE
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

POR
KAREN LORENA RODRIGUEZ CUC

PREVIO A CONFERÍRSELE
EL GRADO ACADÉMICO DE LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

QUETZALTENANGO, JUNIO DE 2015
CAMPUS DE QUETZALTENANGO

AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR

RECTOR: P. EDUARDO VALDES BARRIA, S. J.
VICERRECTORA ACADÉMICA: DRA. MARTA LUCRECIA MÉNDEZ GONZÁLEZ DE PENEDO
VICERRECTOR DE INVESTIGACIÓN Y PROYECCIÓN: ING. JOSÉ JUVENTINO GÁLVEZ RUANO
VICERRECTOR DE INTEGRACIÓN UNIVERSITARIA: P. JULIO ENRIQUE MOREIRA CHAVARRÍA, S. J.
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO: LIC. ARIEL RIVERA IRÍAS
SECRETARIA GENERAL: LIC. FABIOLA DE LA LUZ PADILLA BELTRANENA DE LORENZANA

AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

DECANO: DR. ROLANDO ESCOBAR MENALDO
VICEDECANA: MGTR. HELENA CAROLINA MACHADO CARBALLO
SECRETARIO: MGTR. ALAN ALFREDO GONZÁLEZ DE LEÓN

NOMBRE DEL ASESOR DE TRABAJO DE GRADUACIÓN

MGTR. FRANCISCO JAVIER PUAC CHOZ

TERNA QUE PRACTICÓ LA EVALUACIÓN

MGTR. CARLOS RAFAEL MARTÍNEZ RÍOS

AUTORIDADES DEL CAMPUS DE QUETZALTENANGO

DIRECTOR DE CAMPUS: P. MYNOR RODOLFO PINTO SOLIS, S.J.

**SUBDIRECTOR DE INTEGRACIÓN
UNIVERSITARIA:** P. JOSÉ MARÍA FERRERO MUÑIZ, S.J.

SUBDIRECTOR ACADÉMICO: ING. JORGE DERIK LIMA PAR

SUBDIRECTOR ADMINISTRATIVO: MGTR. ALBERTO AXT RODRÍGUEZ

**SUBDIRECTOR DE GESTIÓN
GENERAL:** MGTR. CÉSAR RICARDO BARRERA LÓPEZ

Quetzaltenango 19 de enero de 2015

Coordinación de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad Rafael Landívar

Campus Quetzaltenango

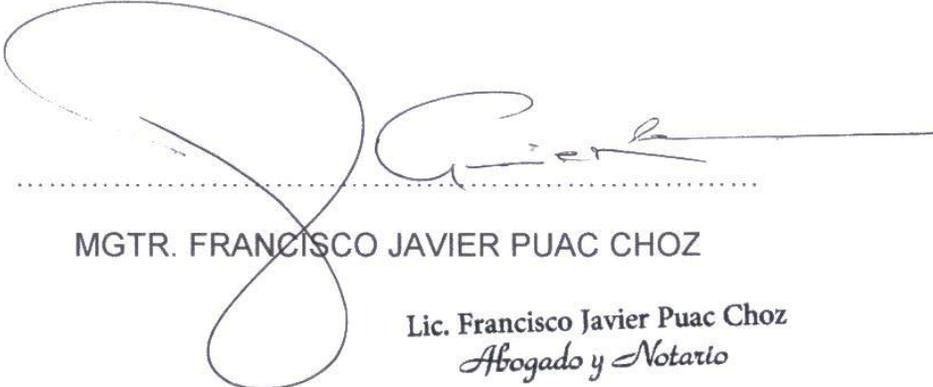
Cordialmente me dirijo a ustedes para informarles como corresponde, sobre el trabajo de tesis denominado: "EL SISTEMA DE TENENCIA DE LA TIERRA DE TIPO COMUNAL EN GUATEMALA A LA LUZ DEL CONVENIO 169 DE LA OIT SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES EN PAÍSES INDEPENDIENTES", realizado por la estudiante KAREN LORENA RODRÍGUEZ CUC, con carné 1520509.

La alumna realizó la investigación con apego a las directrices establecidas en el instructivo de tesis respectivo y acato las indicaciones y sugerencias que se le realizó durante el trabajo de investigación. Agrego además que la estudiante mostró interés y preocupación por terminar su investigación, siendo el tema objeto de la investigación de interés actual.

En virtud de lo anterior emito DICTAMEN FAVORABLE por lo que se aprueba la tesis de la alumna en mención.

Sin otro particular me suscribo.

Atentamente.



MGTR. FRANCISCO JAVIER PUAC CHOZ

Lic. Francisco Javier Puac Choz
Abogado y Notario

Orden de Impresión

De acuerdo a la aprobación de la Evaluación del Trabajo de Graduación en la variante Tesis de Grado de la estudiante KAREN LORENA RODRIGUEZ CUC, Carnet 15205-09 en la carrera LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES, del Campus de Quetzaltenango, que consta en el Acta No. 07185-2015 de fecha 6 de abril de 2015, se autoriza la impresión digital del trabajo titulado:

"EL SISTEMA DE TENENCIA DE LA TIERRA DE TIPO COMUNAL EN GUATEMALA A LA LUZ DEL CONVENIO 169 DE LA OIT SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES EN PAÍSES INDEPENDIENTES"

Previo a conferírsele el grado académico de LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Dado en la ciudad de Guatemala de la Asunción, a los 3 días del mes de junio del año 2015.


MGTR. ALAN ALFREDO GÓNZALEZ DE LEÓN, SECRETARIO
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
Universidad Rafael Landívar



Dedicatoria

A Dios: Por la vida, por ser mi padre celestial y estar conmigo en todo momento, por ayudarme a cumplir mis metas

A mi Madre: Por ser la mujer que me dio la vida, por ser madre y padre, por su amor, ejemplo de vida y superación, apoyo incondicional y alentarme a ser una mejor persona y una mujer de éxito.

A mi Hija: Por otorgarme el privilegio de ser su madre, por ser el pilar que me mantiene día a día, y ser el motivo de superación.

A mi Esposo: Por su amor, apoyo incondicional, por su colaboración en todo momento, y velar siempre por el bienestar de nuestra familia.

A mi Hermano: Por su amor, apoyo, y por cuidarme siempre y velar por mi bienestar.

A mis Tías: Por ser personas de ejemplo en mi vida, inculcarme valores, y por el amor que me tienen.

Índice

INTRODUCCIÓN	1
---------------------------	----------

Capítulo I.

El Sistema de Tenencia de la Tierra de Tipo Comunal en Guatemala	4
-------------------------------------------------------------------------------	----------

1.1	Antecedentes de tenencia de la tierra de tipo comunal en Guatemala.....	4
1.2	Tenencia de la tierra de tipo comunal en Guatemala.....	10
1.3	Marco legal que regula el sistema de tenencia de la tierra de tipo comunal en Guatemala.....	16
1.3.1	Derecho Guatemalteco.....	17
1.3.1.1	Constitución Política de la República de Guatemala, creada por la Asamblea Nacional Constituyente el 31 de mayo de 1985	17
1.3.1.2	Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas, adoptado Por el Gobierno de la República de Guatemala, y la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca, en el Marco de los Acuerdos de Paz, México Distrito Federal, 31 de marzo de 1995	22
1.3.1.3	Código Municipal, decreto legislativo 12-2002 del Congreso de la República de Guatemala.....	24
1.3.1.4	Ley de Desarrollo Social, Decreto legislativo 42-2001 del Congreso de la República de Guatemala	25
1.3.1.5	Ley de Consejos de Desarrollo Urbano y Rural, Decreto legislativo 11-2002 del Congreso de la República de Guatemala.....	26
1.3.1.6	Ley de Transformación Agraria, Decreto 1551 del Congreso de la República de Guatemala.....	26
1.3.1.7	Ley del Registro de información Catastral, Decreto 41-2005 del Congreso de la República de Guatemala	27
1.3.1.8	Reglamento de Regularización de la Tenencia de las Tierras Entregadas por el Estado, Acuerdo gubernativo No. 386-2001, del Congreso de la República de Guatemala el 14 de septiembre de 2001	29
1.3.2	Derecho internacional.....	30

1.3.2.1 Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948	31
1.3.2.2 Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas, adoptada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas el 13 de septiembre de 2007.....	32
1.3.2.3 Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, creado por la Organización Internacional del Trabajo, 27 de junio de 1989	34

Capítulo II.

Análisis del sistema de tenencia de la tierra de tipo comunal en Guatemala a la luz del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes	37
2.1 Organización Internacional del Trabajo	37
2.2 Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes	39
2.3 Antecedentes del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes	41
2.4 Territorio Indígena	42
2.5 Filosofía del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes	45
2.6 Estructura del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes	47
2.7 Jerarquía del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales Países Independientes en el Derecho interno guatemalteco	48
2.8 Convencionalidad del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes en el Derecho interno guatemalteco	51
2.9 Problemática actual del Sistema de tenencia de la tierra de tipo comunal en Guatemala a la luz del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes	54

Capítulo III.

Presentación, análisis y discusión de resultados	77
Conclusiones	86
Recomendaciones	88
Referencias	90
Anexos	98
Modelo de Instrumento	98
Derechos civiles, políticos, sociales y económicos del Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos indígenas, adoptado por el Gobi- erno de la República de Guatemala, y la Unidad Revolucionaria Nacional guatemalteca, en el Marco de los Acuerdos de Paz, México Distrito Fede- ral, 31 de marzo de 1995.....	106
Anexo b, parte II. Tierras, del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes	111
Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Gaceta Jurisprudencial 37, expediente 199-95, fecha de la opinión consultiva: 18/05/1995	114

Listado de abreviaturas

ARPDEA = Acuerdo para el Reasentamiento de las Poblaciones Desarraigadas por el Enfrentamiento Armado.

CAS = Comunidades Agrarias Sostenibles.

CC = Corte de Constitucionalidad.

CIDDHH = Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

CODISRA = Comisión Presidencial contra la Discriminación y el Racismo contra los Pueblos Indígenas de Guatemala.

COMG = Consejo de Organizaciones Mayas de Guatemala.

CONAP = Consejo Nacional de Áreas Protegidas.

CONTIERRA = Comisión Presidencial para la Resolución de Conflictos de Tierra.

CUC = Comité de Unidad Campesina.

Dto. = Decreto.

ECA = Empresa Campesina Asociativa.

Etc. = Etcétera.

FAO = Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y Alimentación.

FONTIERRAS = Fondo Nacional de Tierras.

IDIES = Instituto de Investigaciones Económicas y Sociales.

IIDDHH = Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

INAB = Instituto Nacional de Bosques.

INTA = Instituto de Transformación Agraria.

Núm. / No. = Número.

OEA = Organización de los Estados Americanos.

OIT = Organización Internacional del Trabajo.

ONU = Organización de las Naciones Unidas.

RIC = Registro de Información Catastral.

S.A = Sociedad Anónima.

SAA = Secretaria de Asuntos Agrarios.

SIGAP = Sistema Guatemalteco de Áreas Protegidas.

UFCO = United Fruit Company.

UNDRIPP = Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Vs. = Versus.

Resumen

El presente trabajo tiene por objeto analizar el Sistema de Tenencia de la Tierra de Tipo Comunal en Guatemala, a la luz del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

El objetivo específico es establecer la aplicabilidad de dicho convenio en relación al Sistema de Tenencia de la Tierra de Tipo Comunal en Guatemala, se utilizó como metodología la monografía, de tipo jurídico descriptivo, se dividió en tres capítulos: El sistema de tenencia de la tierra de tipo comunal en Guatemala; Análisis del sistema de tenencia de la tierra de tipo comunal en Guatemala a la luz del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes; Presentación, análisis y discusión de resultados, obtenidos por medio de Entrevistas utilizadas como instrumento de recolección de información; por medio del cual, se arribó a la conclusión que el Sistema jurídico vigente ha sido fortalecido a través del Convenio 169 de la OIT por otorgar validez a la tenencia, posesión y propiedad de las tierras de comunidades indígenas; sin embargo no se aplica por prevalecer únicamente ante el Derecho Ordinario, más no ante la Constitución Política de la República de Guatemala, por ello es necesario reforzar el Derecho ordinario guatemalteco, a través de la creación de la Ley de Comunidades Indígenas; la cual con apego al Convenio garantice la inalienabilidad e inembargabilidad del territorio de los pueblos indígenas guatemaltecos.

Introducción

El trabajo de investigación a presentar es de tipo jurídico descriptivo, y pertenece al Derecho Internacional, ya que la falta de reconocimiento legal de las Tierras comunales ha sido analizado por varios Convenios Internacionales, por lo que al comenzar el proceso de investigación, se planteó la interrogante ¿Cómo es el Sistema de Tenencia de la Tierra de Tipo Comunal en Guatemala a la luz del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes?; la investigación abarcó el territorio de Guatemala, y se analizó fuentes de información a partir del cinco de junio de mil novecientos noventa y seis, fecha en que se ratificó el Convenio en Guatemala.

La importancia de la presente investigación radica en aportar una fuente de información y de ampliación de conocimientos en la materia; por lo que se planteó como objetivo general, Analizar el Sistema de Tenencia de la Tierra de Tipo Comunal en Guatemala, a la luz del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes; y como objetivos específicos: a) Determinar el Sistema de Tenencia de la Tierra de Tipo Comunal en Guatemala; b) Indicar el Derecho de los Pueblos Indígenas en el Sistema de la Tierra de Tipo Comunal en Guatemala; c) Establecer la aplicabilidad en Guatemala del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, en relación al Sistema de Tenencia de la Tierra de Tipo Comunal.

Se establecieron como límites de la investigación, la falta de legislación ordinaria guatemalteca que regula el Sistema de Tenencia de la Tierra de Tipo Comunal en Guatemala; dentro de las unidades analizadas que regulan la Tenencia de la Tierra de Tipo comunal en Guatemala, se encuentra la Constitución Política de la República de Guatemala, Asamblea Nacional Constituyente, 31 de mayo de 1985, la cual adopta únicamente la concepción de propiedad privada absoluta y no reconoce la de tipo comunal; por lo que no se puede perfeccionar la propiedad con el registro, ya que las tierras comunales no forman parte ni del poder público, ni de particulares. De igual manera la Constitución obliga a la creación de una ley específica que regule a las comunidades indígenas, la cual hasta el momento no se ha creado, ya que se tienen bases constitucionales que no tienen desarrollo en leyes ordinarias; y en contrariedad a

los Convenios Internacionales ratificados por Guatemala, no se utilizan los términos territorio y pueblo, al referirse al territorio de los pueblos indígenas, sino únicamente el de comunidades indígenas.

Además se analizó el Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas, adoptado por el Gobierno de la República de Guatemala, y la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca, en el Marco de los Acuerdos de Paz, México Distrito Federal, 31 de marzo de 1995, el cual reconoce como elemento de cohesión social los derechos colectivos de la tierra; el Código Municipal, Decreto Legislativo 12-2002 del Congreso de la República de Guatemala, el cual otorga personalidad jurídica a las comunidades indígenas; la Ley de Desarrollo Social, Decreto Legislativo 42-2001, del Congreso de la República de Guatemala, que tiene como fin promover el desarrollo de los indígenas a través del respeto a su cultura e identidad; la Ley de Consejos de Desarrollo Urbano y Rural, Decreto Legislativo 11-2002 del Congreso de la República de Guatemala, que establece que en cada Consejo de desarrollo urbano y rural existirá representación de las comunidades indígenas; la Ley de Transformación Agraria, Decreto 1551, del Congreso de la República de Guatemala, que crea el Instituto Nacional de Transformación Agraria, reconociéndose a la tierra como el principal medio de producción; la Ley del Registro de Información Catastral, Decreto 41-2005 del Congreso de la República de Guatemala, que analiza el reconocimiento de las tierras comunales; y el Reglamento de Regularización de Tenencia de las Tierras Entregadas por el Estado, Acuerdo Gubernativo número 386-2001, del Congreso de la República de Guatemala, del 14 de septiembre de 2001, el cual tiene por objeto definir los procedimientos generales y específicos de regularización que utiliza el Fondo de tierras.

Dentro del Derecho Internacional se analizó la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948, la cual protege el vínculo de los Pueblos Indígenas con sus tierras; la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas, adoptada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, el 13 de septiembre de 2007, la cual no tiene fuerza vinculante, pero establece los mecanismos para la prevención y resarcimiento de la enajenación de las tierras de los Pueblos Indígenas.

Y el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, creado por la Organización Internacional del Trabajo, el 27 de junio de 1989, ratificado en Guatemala el 5 de junio de 1996, que incorpora dentro de su normativa la noción de territorio, otorgando validez jurídica a la tenencia, posesión y propiedad de las tierras por parte de los pueblos indígenas, el cual hasta la fecha es el más completo instrumento que promueve la individualidad de los pueblos indígenas y representa un nuevo marco jurídico mediante el cual se establece una relación entre el Estado y los Pueblos Indígenas, representado uno de los pilares para la restitución de las tierras comunales.

Como instrumento para la recolección de información se utilizó la Entrevista, por medio de la cual se estableció la falta de aplicabilidad del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, en Guatemala con relación al Sistema de tenencia de la tierra de tipo comunal ya que únicamente prevalece ante el Derecho Ordinario, más no ante la Constitución Política de la República de Guatemala.

Capítulo I

El sistema de tenencia de la tierra de tipo comunal en Guatemala

1.1 Antecedentes de tenencia de la tierra de tipo comunal en Guatemala

Los antecedentes del sistema de tenencia de la tierra de tipo comunal del “campesino guatemalteco, como el latinoamericano y el de muchas partes del mundo, representa la esencia misma del hombre. Aquel que usa sus manos para sembrar, para estar en contacto con la tierra, con el sol, con la lluvia. Es el trabajo por excelencia. Es la espiritualidad viva del ser humano que crea, cuida y rinde frutos de la tierra, a donde él mismo pertenece. Comprender la situación del campesino durante la guerra, es comprender la lógica misma de los hechos ocurridos durante más de treinta años de conflicto armado. Y aún más allá, observar la lucha campesino, es observar la historia nacional. Siendo Guatemala un país eminentemente agrícola, es claro que la situación de quienes trabajan la tierra, es la representación de la realidad de nuestro país. Por lo tanto una dignificación de este sector social, abarca el acercarse a su realidad, tratar de entender su dinámica histórica que a la postre, nos evidenciará su realidad actual. No es posible entender lo que les sucedió y los niveles en que sucedió, sin antes no haber revisado su situación histórica, política y espiritual”.¹ Es por ello que se da a conocer la historia de lucha y dolor que desde época prehispánica han sufrido nuestros pueblos de origen maya.

El Sistema de tenencia de la tierra de tipo comunal en Guatemala tiene su origen en la época prehispánica, ya que a partir de esta época se observa que “gran parte de la historia guatemalteca se ha construido en torno a las relaciones de poder sobre la tierra y los territorios, particularmente sobre las tierras comunales y los territorios indígenas. Los orígenes de gran parte de lo que ahora son las tierras comunales se remontan hasta la época prehispánica. Los pueblos conformaban sociedades que aunque fuertemente jerarquizadas contaban con una organización socio política compleja”²

¹ Oficina de Derechos Humanos del Arzobispado de Guatemala, “Lucha, dolor y esperanza del campesinado guatemalteco”, ODEHAG, Guatemala, abril 2007. Página 9.

² Elías Silvel, Consejo Nacional de Áreas protegidas, “Diagnostico de la conservación y manejo de recursos naturales en tierras comunales”, Guatemala noviembre 2009. Página 16.

Organización que fue destruida por el despojo de tierra que origino que *“la corona Española tuviera derecho sobre las tierras que anteriormente eran jurisdicción de gobernantes nativos, convirtiéndose en patrimonio real, las que fueron otorgadas en propiedad a la futura clase de terratenientes coloniales. Estas tierras fueron formalizadas por medio de titulación escrita por la que adquirirían la categoría de propiedad legal, tal y como es el sentido jurídico moderno”*.³ Propiedad legal que suprimía el derecho que tenían anteriormente los nativos sobre la tierra, para otorgarles a terratenientes.

Con el paso del tiempo, se permitió que muchos de estos *“pueblos de indios pudiesen comprar tierras a la Corona, ampliando con ello su capacidad productiva, facilitando el cumplimiento de las cargas tributarias y laborales a las que fueron sometidos. La compra de tierras se realizó con fondos comunitarios y por esa razón se les conoció como tierras comunales, distintas del ejido legal. Lo anterior permitió que algunos pueblos –más que otros- logaran poseer mayores extensiones de tierra, lo que clarifica el desbalance en la posesión entre unos y otros a lo largo de la historia”*.⁴

Al formarse *“la gran organización definitiva de las colonias a mediados del siglo XVI, fueron creados los pueblos de indios completamente distintos de los poblados prehispánicos, que fueron desmantelados para crear estas nuevas concentraciones. Todos los pueblos de indios fueron dotados desde su creación con dos clases de tierras: las llamadas ejidos también de pastos y ejidos o montes y pastos y las llamadas tierras comunales también comunes de labranza o sembrera”*.⁵ Los ejidos generalmente eran de uso común y se hallaban alrededor del pueblo, sirviendo para pastorear los animales y abastecimiento de materiales de construcción; a diferencia de las tierras comunales cuyo fin era la sobrevivencia del indígena, dentro de su comunidad.

³ Licda Vallejo Rivera Eva Carola, M.A. Mara L. Bocaletti Florián, M.A. Mario René Mancilla Barillas, *“Herramientas legales para asegurar los derechos de propiedad o tenencia de la tierra al ejecutar proyectos de Pago por Servicios Ambientales”* Guatemala, noviembre de 2008, CARE Internacional / sede Guatemala, Universidad del Valle de Guatemala. Página 10.

⁴ Hernández S. Edgar A. Chutan y Joel A. *“Propiedades Colectivas y Comunales en Quetzaltenango, San Marcos, Sololá y Totonicapán Guatemala”*, Fundación Soros, Agosto 2008, Primera edición. Página 14.

⁵ Palma Cruz Angel Rodolfo *“La desigualdad en la tenencia de la tierra en Guatemala, Ley de reforma agraria Dcto. 900, Análisis y vigencia de las causas que la motivaron”* Guatemala, diciembre de 2007, Facultad de ciencias jurídicas y sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala. Página 8.

El proceso de independencia finalizó la protección colonial de las comunidades indígenas, ya que el gobierno liberal estableció un sistema jurídico basado en la explotación de las tierras comunales, convirtiéndolas en porciones de tierra bajo el régimen privado, las cuales ellos podían vender o ceder a terratenientes, que pagarían bien por ellas, aunque esto significara el despojo de las tierras a las comunidades indígenas y su división entre los miembros de la comunidad.

Todo ello basado en principios liberales plasmados en legislación, dentro del cual se encontraba: *“La Constitución Federal de 1824 y la Constitución del Estado de Guatemala de 1825, establecieron la propiedad individual como garantía de los derechos ciudadanos. El Decreto del 10 de mayo de 1824 crea los municipios y asigna a las municipalidades la gestión del antiguo común y la repartición de las tierras de ejidos en pequeños lotes en propiedad. El Decreto de la Asamblea Constituyente del 27 de enero de 1825 ordena convertir los terrenos baldíos en propiedad particular, para facilitar el acceso a la tierra a los nuevos ciudadanos (criollos y ladinos). Decreto de la Asamblea Legislativa del 14 de agosto de 1835, regulaba que los ejidos de los pueblos no podrían exceder la medida original: una legua cuadrada (38 caballerías y dos tercios de caballería), con la finalidad de restringir el tamaño de los ejidos para seguir favoreciendo la lógica de privatización. Decreto de la Asamblea Legislativa del 5 de diciembre de 1835, facilitaba a los antiguos poseedores de terrenos no titulados a obtener sus respectivos títulos de manera gratuita en un plazo de 30 días y si lo hacían fuera de ese plazo, pagarían la mitad del valor de dichos terrenos. Decreto de la Asamblea Legislativa del 28 de abril de 1836, mediante el cual se autorizó a las Municipalidades de los pueblos indígenas a vender sus propios ejidos y las tierras de cofradías. Decreto de la Asamblea Legislativa del 13 de agosto de 1836, que insiste en privatizar las tierras baldías y comunales y prohíbe que el Estado otorgue terrenos para ejidos”*.⁶ Por lo que los integrantes de los pueblos indígenas se opusieron ante la privatización de sus tierras y debido a sus protestas, Mariano Gálvez derogó las políticas que pretendían desequilibrar la estructura de las comunidades indígenas a través de la división de sus tierras.

⁶ Elias Silvel, *Op. cit.* Página 17.

“Si bien en los primeros años de independencia no cambió mucho el orden establecido, por lo menos para los campesinos, los cambios drásticos vendrían a darse con el triunfo de Justo Rufino Barrios y su Reforma Liberal a partir de 1871, que se extendería hasta 1944. Con la toma del poder por parte de los liberales, se reconfigurarían muchos aspectos profundos de la vida social, política, económica y militar de Guatemala, muchos de los cuales perduran hasta nuestros días”.⁷

Con “la llegada de los liberales en 1871, se continuó legislando y favoreciendo el desarrollo de la propiedad privada, especialmente con el fin de acrecentar y fortalecer el cultivo de café en gran escala. Desde sus principios los liberales reconocieron la existencia de propiedades enmarcadas en títulos colectivos; a través de leyes específicas se trató de aquellos bienes o fincas adquiridos comunalmente fueran registradas bajo una sola inscripción o de otra manera a título individual en el Registro de la Propiedad (1877), proceso que aceleró el surgimiento de la propiedad minifundiaria y de un contingente laboral forzosamente empleado en la agricultura. La pieza clave de la desarticulación fue la supresión del censo enfiteutico (Decreto 170) que permitió a los particulares echar mano de los ejidos y propiedades comunales, bajo la venta o redención obligatoria de las tierras. Los jefes políticos jugaron un papel fundamental, en tanto que fueron los encargados de informar sobre la cantidad de tierras ejidales y comunales con que contaban los pueblos y susceptibles de redención, venta o lotificación, al mismo tiempo tenían la potestad de disponer y reservar algunas tierras para pastos, astilleros y otros usos comunes”.⁸ Lo que trajo consigo mayor facilidad para desarticular las tierras de tipo comunal, convirtiéndolas en propiedad privada. Fue así que se inició el aparcamiento de las tierras comunales; dado por la falta de importancia que tenía para los liberales, el vínculo de espiritualidad que las comunidades indígenas tenían con sus tierras.

“Como se puede deducir, el campesino con tantos años de liberalismo, siguió de mal en peor. Fuera de beneficiarse del ideario de “libertad e igualdad”, se vio expropiado de sus tierras comunales, obligado a cultivar café, obligado a trabajar las grandes fincas y

⁷ Oficina de Derechos Humanos del Arzobispado de Guatemala. *Op. cit.* Página 22.

⁸ Hernández S. *Op. cit.* Página 15.

haciendas, obligado a construir las obras públicas en beneficio de dichas fincas, obligado a trabajar y ceder sus derechos a las compañías extranjeras como la UFCO. Y por si esto fuera poco, seguía siendo objeto de discriminación de clase y racismo (en el caso del campesinado indígena), ahora ya no por peninsulares y criollos, sino además por ladinos enriquecidos y convertidos en élite económica y militar. Esta desigualdad e injusticia, aunada con represión, empezó a canalizarse en protestas y resistencias sociales. Algunas aisladas y otras no. Fue en 1944 cuando rindió fruto el movimiento cívico y militar de intelectuales, artistas, proletarios, maestros, militares, obreros y campesinos, sobre todo ladinos de clase media, provocando tal desestabilidad político-social al régimen ubiquista, que finalmente cedió ante la llamada Revolución del 20 de Octubre”.⁹

Con la política de transformación agraria, iniciada con el Decreto 1551 se creó el Instituto Nacional de Transformación Agraria, el cual se encargaba de la distribución de la tierra, permitiendo la “colonización de las tierras nacionales ubicadas en Petén y en la denominada Franja Transversal del Norte (Izabal, Alta Verapaz, Ixcán). El 15 de septiembre de 1965 se promulga una nueva Constitución de la República que mejora la protección de las tierras municipales y las comunales”,¹⁰ lo que promueve en gran medida el desarrollo de las comunidades indígenas y les permite adquirir un territorio para su sobrevivencia a través del cultivo.

En 1996 se suscriben los Acuerdos de paz, entre los acuerdos de paz ratificados por Guatemala, que hicieron referencia a la situación agraria en el país, se encuentran: el Acuerdo para el Reasentamiento de las Poblaciones Desarraigadas por el Enfrentamiento Armado, (ARPDEA) el cual se firmó en Oslo, Noruega el 17 de junio de 1994, y garantizaba el desarrollo de los desarraigados o desplazados; el Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas, firmado en el Distrito Federal de México, el 31 de marzo de 1995; Y el último acuerdo que regula la tierra en su contenido, firmado durante los acuerdos de paz es el Acuerdo Sobre aspectos Socioeconómicos y Situación Agraria, firmado en la Ciudad del Distrito Federal de México el 6 de mayo de 1996.

⁹ Oficina de Derechos Humanos del Arzobispado de Guatemala. *Op. cit.* Página 29.

¹⁰ Elias Silvel. *Op. cit.* Página 19

“Desde los acuerdos de paz, hasta la actualidad se ha impulsado un programa para la compra de fincas y su venta a grupos de campesinos organizados, sin lograr la cobertura total de su demandas agrarias y mucho menos sociales”.¹¹ Es por ello que en la actualidad, en Guatemala, “muchas comunidades siguen manteniendo sistemas de tenencia comunal de las tierras, que además de ser parte de su identidad, contribuyen a una mejor equidad en la distribución de los beneficios del aprovechamiento de los recursos del territorio. Sin embargo, los esfuerzos locales en el manejo y conservación de la naturaleza, no están suficientemente reconocidos en las políticas respectivas, y tampoco existe un marco institucional favorable a la gestión colectiva ni al reconocimiento pleno de los derechos de tenencia comunal. Al contrario, siguen vigentes políticas implícitas o explícitas que continúan socavando los sistemas de tenencia comunal, tal como aquellas que promueven la individualización, privatización y despojo de los derechos de tenencia”.¹²

1.2 Tenencia de la tierra de tipo comunal en Guatemala

Para conocer la tenencia de la tierra de tipo comunal en Guatemala, se comenzara por definir la palabra tenencia, vocablo derivado *“del término latino para tener o poseer, y tenencia de la tierra se refiere a los términos bajo los cuales se posee algo, es decir, los derechos y obligaciones del poseedor”*.¹³

¹¹ Hernández S. *Op. cit.* Página 16.

¹² Grupo promotor de tierras comunales, *“Estrategia nacional para el manejo y conservación de recursos naturales en tierras comunales”*, Guatemala, febrero de 2009. Página 5.

¹³ Ternure Brief, Bruce W. John, traducido por Citlali Cortés Montaña, *“Conceptos sobre tenencia de la tierra”*, Wisconsin Madison, Agosto 2000,

El Código Civil, Decreto ley 106 del Congreso de la República de Guatemala, en el artículo seiscientos doce, hace referencia a la posesión, enunciando que “*es poseedor el que ejerce sobre un bien todas o algunas de las facultades inherentes al dominio*”, dentro de estas facultades encontramos el uso, goce, disfrute y disposición que se tenga sobre la tierra.

La “*posesión puede presentarse en dos situaciones fundamentales: integrada en el derecho de propiedad y como uno de los modos de manifestarse; o bien la posesión sin más, en si abstracción hecha de si es consecuencia o no de la propiedad o de otro derecho real. Una radicalización de esta autonomía se recoge en la idea, tantas veces repetida, de que la posesión es de hecho lo que la propiedad es de derecho*”,¹⁴ ya que la posesión es un hecho que desea futuramente, a través de medios legales representar un derecho, debido a que no necesariamente el poseedor de un bien es el propietario del mismo.

La tenencia de la tierra se puede definir como “*la relación definida en forma jurídica o consuetudinaria entre personas en cuanto individuo o grupos con respecto a la tierra, (...). Es una institución, es decir, un conjunto de normas inventadas por las sociedades para regular el comportamiento. Las reglas sobre la tenencia definen de qué manera puede asignarse dentro de las sociedades los derechos de propiedad de la tierra. Definen como se otorgan los derechos de utilizar, controlar y transferir la tierra, así como las pertinentes responsabilidades y limitaciones*”.¹⁵ De esta forma se determina, quien tiene el derecho de percibir los beneficios de progreso y mejoramiento de vida.

Los sistemas de tenencia de la tierra se pueden categorizar en: Estatal; de acceso abierto, cuando cualquiera puede disponer der recurso de manera racional; en la legislación civil, Código Civil, Decreto 106 del Congreso de la República de Guatemala, en el artículo cuatrocientos cincuenta y ocho, este tipo de tenencia de la tierra se

<http://ageconsearch.umn.edu/bitstream/12816/1/ltctb01s.pdf>. Fecha de consulta 30 de agosto de 2014.

¹⁴ Hernández Gil, Antonio, “*La función social de la posesión*”, Madrid España, Alianza editorial, Ediciones Castilla, S.A. 1969. Página 8.

¹⁵ FAO, Depósito de documentos de la Organización de las naciones unidas para la alimentación y la agricultura, Departamento económico y social, “*Tenencia de la tierra y desarrollo rural*”, Roma Italia, 2003. Página 9.

encuentra dentro de la categoría de bienes de uso común, y no se regula el término acceso abierto; otro sistema de tenencia de la tierra es la de tipo privado, la cual asigna derechos a través del título de propiedad, que es susceptible de registro en el Registro General de la Propiedad.

Y la categoría del sistema de tenencia de la tierra de tipo comunal, el cual otorga un derecho de propiedad exclusivo a cada miembro de la comunidad dentro del derecho comunal existente; ya que por lo general asigna a los patriarcas un segmento de tierra en el que pueden habitar y disponer para sus necesidades y las de su familia.

Los principios que conforman y fundamentan el sistema de tenencia de la tierra de tipo comunal en Guatemala son:

a) los sujetos conformados por las personas individuales que integran las comunidades indígenas, siendo ellos los titulares del derecho, que ejercitan su derecho de forma colectiva; un ejemplo de ello lo encontramos en Cobán, Alta Verapaz en donde campesinos llevaron a cabo una caminata pacífica *“para exigir el cese de los desalojos violentos, como el ocurrido (...) en Cahabón.”*¹⁶

b) La competencia y capacidad tanto de goce como de ejercicio se basa en un derecho consuetudinario, ya que su territorio les pertenece por el hecho de haberlas ocupado ancestralmente, sin embargo el Estado de Guatemala en la mayoría de casos no les reconoce a las comunidades indígenas el derecho consuetudinario que tienen sobre su territorio, lo que ha llevado a despojos injustos de tierra, a pesar de ello las comunidades indígenas luchan para que el Estado les reconozca sus derechos, como fruto de esta lucha podemos ejemplificar el caso de Alta Verapaz, en el que el gobierno de Guatemala le

¹⁶ Sam Chun, Eduardo, *“Campesinos protestan en contra de desalojos violentos”*, Prensa Libre, Alta Verapaz, Guatemala, 20 de noviembre del año 2012.

entrega “a 140 familias de las 769 que fueron desalojadas del Valle de Polochic, Alta Verapaz, en marzo de 2011-, recibieron títulos de propiedad de sus tierras”.¹⁷

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 31 de agosto de 2001, caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, en su párrafo ciento cincuenta y uno opina que “*el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido especialmente en cuenta, para los efectos de que se trata. Como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra, obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro*”.

c) El consentimiento, es la exteriorización de la voluntad de los pueblos indígenas para contraer derechos y obligaciones basados en el Derecho de Consulta, el cual es un mecanismo ancestral, utilizado por las comunidades indígenas para la toma de decisiones, que permite el consenso comunitario sobre su territorio, siendo así las asambleas comunales, una asamblea no gubernamental que las comunidades forman al tratar un tema de interés común.

d) La forma de la tenencia de la tierra, representa el derecho que tienen los miembros de la comunidad indígena a tener una estructura organizada acerca del uso y aprovechamiento de los recursos que se producen dentro de su territorio, estableciendo derechos y obligaciones que poseen los que forman parte de la comunidad, excluyendo a los que no forman parte de la misma con el fin de proteger sus recursos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 31 de agosto de 2001, caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, en su párrafo ciento cuarenta y nueve opina que “*la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe ser reconocida y comprendida como la base fundamental de su cultura, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y*

¹⁷ Hernández Manuel, “Gobierno entrega títulos de propiedad a desalojados del Polochic”, Prensa Libre, Política, Guatemala, 19 de octubre del año 2013.

producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a generaciones futuras”.

Un ejemplo de ello son las comunidades q’eqch’í del Valle del Río Polochic, las cuales denuncian que *“han sufrido de parte de empresarios y terratenientes, que tienen concentrada su tierra en Panzós, Alta Verapaz, amenazas de muerte, llevando a cabo desalojos violentos y extrajudiciales, tal como sucedió en el terreno de ese Valle. Esto, que parece que ya no se repetía como antes, sucedió en dicho terreno, para indignación de sus habitantes. Se intentó desalojar extrajudicialmente a más de 90 familias”*.¹⁸ Por lo que las comunidades indígenas de Guatemala, a pesar de todos los vejámenes que han sufrido, tanto sus tierras como los miembros que conforman las comunidades, se organizan para proteger el territorio que los caracteriza como tal, por lo que continúan excluyendo a cualquier terrateniente que se desea aprovechar de sus recursos, ya que las comunidades indígenas consideran a su territorio como la madre que les provee el sustento día a día.

e) El objeto de las tierras comunales es obtener un bienestar común, y de cada uno de sus integrantes, a través del uso racional, control y transferencia de las tierras que han poseído ancestralmente, ya que para ellos es el resultado de su trabajo, por lo que desean continuar manteniendo el vínculo de espiritualidad que los une con su territorio, que forma parte de su identidad y cosmovisión, con este fin los integrantes de las comunidades indígenas *“de la Sierra Santa Cruz, El Estor, Izabal demandan a la Corte de Constitucionalidad, CC, la nulidad plena de las inscripciones anómalas de sus tierras que hicieron empresas madereras, financieras y sociedades anónimas en el Registro General de la propiedad. La nulidad de esas inscripciones y el reconocimiento legítimo de derecho que tienen estas comunidades a la propiedad de la tierra”*.¹⁹

f) El elemento causa es el movimiento de lucha que los pueblos indígenas tienen en protección a su territorio, las cuales han poseído desde la época colonial y heredado de

¹⁸ Carrera Margarita, Persistencia, Prensa Libre, “Opinión”, Guatemala, 27 de junio del año 2013.

¹⁹ CUC, Comité de unidad campesina, noticias, “Comunidades Q’eqchi esperan de la CC una sentencia favorable”, Guatemala, 19 de junio de 2014. <http://www.cuc.org.gt>. Fecha de consulta 14 de octubre de 2014.

generación en generación, las cuales por derecho le corresponde, ya que dentro de la cosmovisión maya no se reconoce la necesidad de un registro para demostrar la pertenencia de un bien, sino vale más su relación de trabajo.

Al analizar la clasificación del sistema de tenencia de la tierra tipo comunal, con referencia a como las sociedades han obtenido este sistema, se encuentran *“tres tipos de tenencia comunal de la tierra: 1. Tenencia Primaria: propia de aquellas sociedades que siempre han practicado la propiedad comunal de la tierra y sus recursos. En Centroamérica hay experiencias de pueblos indígenas que desde la época prehispánica tienen el modelo de tenencia comunal. 2. Tenencia Secundaria: se manifiesta en aquellos casos en que después de un uso individual por jefes y caciques, los descendientes acuerdan la tenencia comunal, generalmente por vínculos de parentesco y por la proximidad territorial. Las Parcialidades de Totonicapán constituyen un ejemplo claro de esta categoría. 3. Tenencia Terciaria: se refieren a aquellos casos en que la tenencia de la tierra es una imposición o un acuerdo comunitario, aunque en ellos nunca hayan existido vínculos de parentesco ni de historia común. Las concesiones forestales comunitarias de Petén, pueden ejemplificar este tipo de modalidad”*.²⁰

La tipología que presenta la República de Guatemala, con respecto al reconocimiento que le otorga a las tierras comunales, se observa que *“son reconocidas de varias maneras: las tierras que pertenecen a las comunidades (tierras comunales propiamente dichas), las que utilizan las comunidades pero cuyos títulos están a nombre de las municipalidades (tierras municipales), las que en forma indivisa tienen algunas comunidades formadas a través de lazos de parentesco (parcialidades) y las que se forman en los nuevos modelos de acceso a la tierra y los recursos naturales (Cooperativas, concesiones forestales comunitarias, patrimonios agrarios colectivos y empresas campesinas asociativas)”*.²¹

Las tierras comunales basadas en su tipología operativa se dividen en *“A) Por la situación legal de las tierras (Con inscripción o no en el Registro de la Propiedad); b) Por el origen*

²⁰ Licda Vallejo Rivera Eva Carola. *Op. cit.* Página 19

²¹ Grupo promotor de tierras comunales. *Op. cit.* Página 12.

*histórico de las tierras (Ancestrales, coloniales, de milicianos, de la reforma o transformación agraria, reparto agrario reciente); c) Por la organización social: (Organizaciones tradicionales, organizaciones legalmente constituidas); d) Por los derechos de acceso (Uso comunal, posesión comunal, propiedad comunal); e) Por las formas de gestión; (Comunal, municipal, parcialidades, cooperativas, concesiones comunitarias, patrimonios o empresas colectivas, lugares sagrados”.*²²

El sistema de tenencia de la tierra de tipo comunal se complica, cuando encierra derechos de propiedad de tipo informales por lo que nos son protegidos por medios legales, representando derechos de hecho pero no de derecho; y esto sucede cuando la relación derivada de la tenencia de la tierra no se define en forma jurídica sino de forma consuetudinaria, en el cual *“la comunidad es dueña de las tierras y las distribuye a sus miembros para su cultivo, otorgando a los miembros derechos de uso o de usufructo. Esto implica la dotación de un derecho de uso de la tierra a largo plazo a un individuo o familia, y puede incluir derechos de herencia”.*²³

Según un estudio de la Secretaria de Asuntos Agrarios de la presidencia de la Republica, *“las regiones donde se dan más problemas de tierras son Quiché, con 372 casos; Alta Verapaz, con 258; y Petén, con 187, según el informe. En Quiché, el 79 por ciento de los problemas son por disputa de derechos, y el 17 por ciento, por ocupación, pero el departamento que afronta más de esos casos es Alta Verapaz, con 106, que son el 40 por ciento de todos los conflictos en esa área”.*²⁴ Esta problemática radica en el proceso acelerado de urbanización y demanda de la tierra, que se ha generado en Guatemala, sin embargo algunas áreas de estos departamentos se han protegido debido a su importancia ecológica.

Ya que en Guatemala no existe seguridad jurídica en la tenencia de la tierra de tipo comunal, ejercida por las comunidades indígenas, debido a que la legislación actual no

²² Elias Silvel. *Op. cit.* Página 27.

²³ Ternure Brief, Bruce W. John. *Op. cit.*

²⁴ Diaz Cezeña, Leonel, *“Mil 360 conflictos por tierras hay en el país”*, Prensa libre, Guatemala, cuatro de julio del año dos mil once, Noticias Nacionales.

reconoce ese tipo de propiedad, únicamente la de naturaleza privada, ni reconoce los títulos de propiedad dotados de la época colonial, por no ser susceptibles de registro, ya que pertenece a varios individuos, que forman parte de la comunidad; es por ello que se considera de naturaleza colectiva; y no pertenece a un solo individuo, como sucede en la propiedad privada.

1.3 Marco legal que regula el sistema de tenencia de la tierra de tipo comunal en Guatemala

“Guatemala es uno de los países donde las organizaciones civiles y organizaciones indígenas han iniciado sus luchas por la reivindicación de sus derechos tanto los establecidos en las leyes nacionales como en los convenios internacionales, aunque en la actualidad se han regulado y se han creado nuevas leyes que han incluido algunos derechos propios de los pueblos”,²⁵ indígenas.

Al referirnos al marco legal que regula las tierras de tenencia de tipo comunal ejercida por las comunidades indígenas, nos referimos al derecho vigente en Guatemala, por lo que *“el derecho vigente está constituido por todas las normas coactivas que el Estado declara de observancia obligatoria en el territorio que le es propio y sobre quiénes son sus súbditos. Manuel Osorio refiriéndose al termino vigente nos dice: referido a las leyes y demás disposiciones generales de los poderes y de las autoridades en vigor y de observancia obligatoria”.*²⁶

“El marco Legal relativo a los derechos de acceso, posesión, uso, tenencia y propiedad de la tierra en Guatemala está vinculado con intereses del capital terrateniente. Es una legislación dedicada a mantener el status quo, en el cual el gran fundo, y los intereses

²⁵ Hernández Méndez, Olga, *“Propuesta de una nueva normativa de procedimiento para la consulta a los pueblos indígenas en Guatemala”* Guatemala, junio de 2010, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala. Página 14.

²⁶ Mejía Salazar, Mónica José, *“Análisis Jurídico de la importancia de una ley sustantiva y adjetiva en materia agraria”*, Guatemala, Agosto de 2008, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala. Página 17.

económicos y políticos se constituyen alrededor de este".²⁷ Por lo que las tierras comunales aunque la legislación Guatemalteca e internacional las regule, se encuentran vulnerables ante el poder de personas inescrupulosas que desean privar de sus tierras a las comunidades indígenas que por tradición las han poseído y heredado.

1.3.1 Derecho Guatemalteco

Dentro las normas que constituyen el ordenamiento jurídico vigente en Guatemala que regula la tenencia de la tierra de tipo comunal en Guatemala encontramos:

1.3.1.1 Constitución Política de la República de Guatemala, creada por la Asamblea Nacional Constituyente el 31 de mayo de 1985:

La Constitución se emitió dentro del Conflicto Armado Interno, marcando “el fin de las dictaduras militares y abre paso al advenimiento de la democracia. Tres son los grandes temas que nos interesa señalar del articulado constitucional; el carácter de la propiedad –incluida la tierra-, la tierra para las comunidades indígenas y la expropiación de la tierra. Guatemala adopta la concepción de propiedad privada absoluta. Ello determina que el derecho a la propiedad tenga preeminencia sobre derechos inalienables a la persona; los derechos a la alimentación, a la vivienda, al empleo, entre otros. Esto, efectivamente, provoca –a nuestro juicio- una contradicción con el contenido de tratados internacionales suscritos por Guatemala en materia de derechos humanos; tal es el caso del Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Sin embargo, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala dictó la forma de superar la contradicción a través de diversos fallos, en los que se resolvió que los tratados internacionales en materia de

²⁷ Velásquez Helmer, Estudio Guatemala, “Marcos legales de acceso a la tierra”, Guatemala Agosto 2011. Página 26.

derechos humanos cobran preeminencia en relación con el derecho ordinario interno, pero no sobre la Constitución Política".²⁸

La Constitución Política de la República de Guatemala, creada por la Asamblea Nacional Constituyente, el 31 de mayo de 1985, en el artículo treinta y nueve *"garantiza la propiedad privada como un derecho inherente a la persona humana. Toda persona puede disponer libremente de sus bienes de acuerdo con la ley. El estado garantiza el ejercicio de este derecho y deberá crear las condiciones que facilitan al propietario el uso y disfrute de sus bienes, de manera que se alcance el progreso individual y desarrollo nacional en beneficio de todos los Guatemaltecos"*.

En base a este artículo, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, en la gaceta jurisprudencial cincuenta y siete, expediente doscientos setenta y cinco guión dos mil, de fecha de opinión consultiva nueve de agosto del año dos mil, opina al respecto que *"(...) el derecho de propiedad de bienes inmuebles se perfecciona con su inscripción en el Registro de la propiedad, sin perjuicio de la posibilidad de impugnar en la jurisdicción ordinaria inscripciones precedentes que se obstaculizan"*.

Por lo que las tierras de tipo comunal aunque poseen títulos que amparen su derecho, estos no son reconocidos, ya que al momento de ser inscritos en el registro de la propiedad, por no formar parte de la propiedad privada, y pertenecer a una comunidad indígena, el cual es una forma de propiedad no reconocida, carecen de validez legal para poderse inscribir, desamparando el derecho de los pueblos indígenas.

Además el Código Civil, Decreto 106, del Congreso de la República de Guatemala, en el artículo cuatrocientos cincuenta y seis establece que *"los bienes son del dominio del poder público o de propiedad de los particulares"*, por lo que no establece la existencia de dominio comunal sobre bienes; y en el artículo cuatrocientos sesenta, del mismo cuerpo legal, manifiesta *"son bienes de propiedad privada los de las personas"*

²⁸ *Ibid.* Página 10.

individuales o jurídicas que tienen título legal”, por lo que se reconoce únicamente la propiedad privada, y no la colectiva ejercida por los pueblos indígenas.

Dentro del amplio articulado con el que cuenta la Constitución Política de la República de Guatemala; creada por la Asamblea Nacional Constituyente el 31 de mayo de 1985, encontramos regulada la tierra, las comunidades indígenas, y la tierra de tipo comunal; dentro de los cuales se puede mencionar:

El artículo cuarenta, establece que *“en casos concretos, la propiedad privada podrá ser expropiada por razones de utilidad colectiva, beneficio social o interés público debidamente comprobadas. La expropiación deberá sujetarse a los procedimientos señalados por la ley, y el bien afectado se justipreciara por expertos tomando como base su valor actual (...)”*.

La Corte de Constitucionalidad de Guatemala, gaceta jurisprudencial tres, expediente noventa y siete, guión ochenta y seis, de fecha de la opinión consultiva veinticinco de febrero del año mil novecientos ochenta y siete, opina que esta problemática se debe a que *“nuestro ordenamiento jurídico no hace una enumeración casuística de lo que significa utilidad colectiva, beneficio social o interés público, la ley de expropiación se limita a establecer en su artículo lo que se entiende por utilidad o necesidad pública o interés social, para los efectos de esta ley todo lo que tienda a satisfacer una necesidad colectiva. Sin embargo como no queda a criterio de la autoridad expropiante esa interpretación, se encomienda tal función al Organismo que le es propio legislar por mandato constitucional, y que se integra con los representantes del pueblo, al cual corresponde siguiendo el proceso de formación y sanción de la ley, emitir la declaración que en un caso concreto procede expropiar por las razones indicadas, creando así el marco legal necesario para el desarrollo de la subsiguiente actividad administrativa”*.

El artículo cincuenta y ocho de la Constitución Política de la República de Guatemala creada por la Asamblea Nacional Constituyente el 31 de mayo de 1985, reconoce la identidad cultural, estableciendo que *“se reconoce el derecho de las personas y de las comunidades a su identidad cultural de acuerdo a sus valores, su lengua y sus costumbres”*. En el mismo sentido el artículo sesenta y seis, del mismo cuerpo legal establece la protección a los grupos étnicos, ya que manifiesta que *“Guatemala está*

formada por diversos grupos étnicos entre los que figuran los grupos indígenas de ascendencia maya. El estado reconoce, respeta y promueve sus formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social y uso del traje indígena en hombres y mujeres, idiomas y dialectos”.

*“Actualmente, el reconocimiento del pluralismo jurídico aún es un desafío para la construcción del Estado de Derecho. Este aun no es reconocido constitucionalmente, es decir, la Constitución citada sólo reconoce en su artículo 66 la existencia cultural alterna, no así a sus sistemas jurídicos. Sin embargo, el convenio 169 de la OIT ratificado por Guatemala en 1886, representa el nuevo marco jurídico mediante el cual se establece una nueva relación entre el Estado y los pueblos indígenas”.*²⁹

En el artículo sesenta y siete de la Constitución Política de la República de Guatemala creada por la Asamblea Nacional Constituyente el 31 de mayo de 1985, se reconoce el uso, posesión y propiedad de las tierras comunales, estableciendo que *“las tierras de las cooperativas, comunidades indígenas o cualesquiera otras formas de tenencia comunal o colectiva de propiedad agraria, así como el patrimonio familiar y vivienda popular, gozaran de protección especial del Estado, de asistencia crediticia y de técnica preferencial, que garanticen su posesión y desarrollo, a fin de asegurar a todos los habitantes una mejor calidad de vida. Las comunidades indígenas y otras que tengan tierras que históricamente les pertenecen y que tradicionalmente han administrado en forma especial, mantendrán ese sistema”.*

En el artículo anterior mencionado, se les reconoce su derecho histórico, sin embargo no se ha legislado acerca de las tierras comunales que han poseído las comunidades indígenas. En el mismo sentido se encuentra el artículo sesenta y ocho del mismo cuerpo legal, reconociendo el acceso a la tierra en forma colectiva, para las comunidades indígenas, estableciendo que *“mediante programas especiales y legislación adecuada, el Estado proveerá de tierras estatales a las comunidades indígenas que las necesiten para su desarrollo”.*

²⁹ Licda Vallejo Rivera Eva Carola. *Op. cit.* Página 18.

La Corte de Constitucionalidad de Guatemala, gaceta jurisprudencial noventa y seis, expediente cuatro mil trescientos treinta y cuatro guión dos mil nueve, de fecha de opinión consultiva uno de junio del año dos mil diez, la Corte opina que “(...) *son necesarias la posesión, la pertenencia histórica y la administración especial; condiciones que deben concurrir obligatoriamente para que proceda la declaración de tierra comunal a favor de una comunidad indígena. Las condiciones aludidas, están vinculadas con el mandato otorgado al Registro de Información Catastral en el artículo 65 de la ley del registro mencionado (...)*”.

La problemática en los artículos antes mencionados se debe a que se tiene “*bases constitucionales que no tienen desarrollo en leyes ordinarias, que permitan su efectiva aplicación en defensa o ejercicio de los derechos de los pueblos sobre sus tierras. Así, por ejemplo, no existe —pese al mandato constitucional señalado en el artículo 70— la Ley de Comunidades Indígenas. Por otro lado, el concepto de «territorio» no tiene asidero en nuestra legislación cuando se hace referencia a los pueblos indígenas. Como podemos notar en los artículos precedentes, se reconoce únicamente la categoría de «tierras», restringiéndolas además a «tierras de comunidades indígenas» y no de «pueblos». Se trata, a nuestro juicio, de la concepción racista que está en la base del Estado guatemalteco, en el que discriminación y racismo no solamente sobreviven, sino que forman parte de la política oficial, no escrita*”.³⁰

Un ejemplo de la problemática que tienen las comunidades en Guatemala son los resultados “*del convenio firmado el 30 de julio de 2014 entre la empresa Hidro Santa Rita y el presidente Otto Pérez Molina para reafirmar la cooperación entre el gobierno y esta empresa por 20 años, hoy, las fuerzas represivas del Estado guatemalteco, ante el ejercicio del derecho constitucional a manifestarse que realizaron las comunidades del*

³⁰ Velásquez Helmer. *Op. cit.* Página 13.

norte de Cobán, arremetieron en contra de la población y realizaron un desalojo violento en la comunidad Monte Olivo, Cobán Alta Verapaz.³¹

La comunidad Monte Olivo se ha manifestado de forma pacífica exponiendo que no desean la construcción de la hidroeléctrica Santa Rita. Por lo que el desalojo violento realizado en Cobán no se encuentra en concordancia con el artículo sesenta y siete de la Constitución Política de la República de Guatemala creada por la Asamblea Nacional Constituyente el 31 de mayo de 1985, ya que en este artículo se reconoce el uso, posesión y propiedad de las tierras comunales, y establece que gozaran de protección especial del Estado, cuando en la práctica no se les protege, sino al contrario se les viola sus derechos y se les agrede, por lo que se llega a la conclusión que el Estado de Guatemala, siempre actuara basado en intereses económicos y no culturales de tierras históricas que le pertenecen a las comunidades indígenas.

1.3.1.2 Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas, adoptado por el Gobierno de la República de Guatemala, y la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca, en el marco de los Acuerdos de Paz, México Distrito Federal, 31 de marzo de 1995.

El Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas, forma parte de los acuerdos que hace referencia a la situación agraria guatemalteca, ratificado durante la época de acuerdos de paz firme y duradera, etapa de la historia que pone fin al conflicto armado interno en Guatemala; el acuerdo se basa en la identidad y los derechos propios de los pueblos indígenas; y reconoce a Guatemala, como un país compuesto por varios grupos étnicos, que han sufrido discriminación de hecho, por carecer de igualdades con el resto de la población.

³¹ CUC, Comité de unidad campesina, noticias, “*Estado de Guatemala de Nuevo Reprime a Comunidad Monte Olivo, Cobán, Alta Verapaz*”, Guatemala, 14 de agosto de 2014. <http://www.cuc.org.gt>. Fecha de consulta 14 de octubre de 2014.

Este instrumento jurídico vela por el respeto de los derechos e identidad de las comunidades indígenas guatemaltecas, reconociéndoles la relación espiritual que tienen con la madre tierra, la cual se ha transmitido de generación en generación, todo ello basado en la cosmovisión maya, por lo que promueve al Congreso de la República de Guatemala regular los derechos colectivos de la tierra ejercido por las comunidades indígenas; ya que reconoce que los indígenas difícilmente puedan legalizar sus derechos territoriales, y cuando han podido legalizarlos no han tenido acceso a los mecanismos legales para defenderlos.

El gobierno de Guatemala a través del Acuerdo se compromete a regular la situación jurídica de la posesión de las tierras comunales que carecen de títulos de propiedad, reconocer el derecho a las tierras que son utilizadas para la subsistencia de los pueblos indígenas, instituir procedimientos para la reivindicación de las tierras comunales, suspender titulación supletoria de propiedades en donde existe reclamo por parte de las comunidades indígenas de Guatemala, suspender acciones de despojo hacia las comunidades, proveer de tierras a las comunidades que las necesitan para su desarrollo, desarrollar normas que reconozcan la administración consuetudinario de las tierras, aumentar juzgados para resolver problemas relacionados con la tierra, crear servicios de asesoría para reclamos de la tierra.

Es por ello que el Acuerdo sobre identidad y Derechos de los pueblos indígenas resalta la necesidad que existe de amparar y proteger los derechos colectivos de los pueblos indígenas, por ser un grupo considerado vulnerable, por lo que promueve facilitar la defensa de sus derechos y reconocer su derecho consuetudinario como parte de su identidad.

El Congreso de la República de Guatemala, a través del Decreto 52-2005 “Ley marco de los acuerdos de paz”, establece normas y mecanismos que orientan al cumplimiento de los acuerdos de paz reconociendo en el artículo tres *“a los Acuerdos de Paz el carácter de compromisos de Estado, cuyo cumplimiento requiere de acciones a desarrollar por las instituciones públicas y por las personas individuales y jurídicas de la sociedad, en el marco de Constitución Política de la Republica y de la ley”*.

El Acuerdo sobre identidad y Derechos de los pueblos indígenas al ser ratificado en el marco de los acuerdos de paz, forma parte del derecho interno guatemalteco a través de la Ley marco de los acuerdos de paz, la cual vela por el cumplimiento de los acuerdos de paz por medio de mecanismos que lleven a ese fin; y le otorga carácter de ley nacional al acuerdo mencionado, por reconocer a los acuerdos de paz como compromisos de Estado.

1.3.1.3 Código Municipal, Decreto legislativo 12-2002 del Congreso de la República de Guatemala:

El Código municipal, otorga personalidad jurídica a las comunidades indígenas en el artículo veinte estableciendo que *“las comunidades de los pueblos indígenas son formas de cohesión social natural y como tales tienen derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, debiendo inscribirse en el registro civil de la municipalidad correspondiente, con respeto de su organización y administración interna que se rige de conformidad con sus normas, valores y procedimientos propios, con sus respectivas autoridades tradicionales reconocidas y respetadas por el Estado de acuerdo a disposiciones constitucionales y legales”*. Reconociendo de esa manera la existencia del derecho consuetudinario, sobre el cual se basan las comunidades indígenas.

En el artículo ciento nueve, establece que *“el gobierno municipal establecerá, previa consulta con las autoridades comunitarias el uso, conservación y administración de las tierras comunitarias, cuya administración se haya encomendado tradicionalmente al gobierno municipal”*. Ya que regula el régimen de los municipios, estableciendo en su artículo dos *“que el municipio es la unidad básica de la organización territorial del estado y espacio inmediato de participación ciudadana en los asuntos públicos, caracterizado por sus relaciones permanentes de vecindad, multiétnicidad, pluriculturalidad y multilingüismo, organizado para realizar el bien común de todos los habitantes de su distrito”*.

Se considera que aunque el Código municipal les otorga personalidad jurídica a las comunidades indígenas guatemaltecas, pocas son las comunidades que se registran en el Registro Civil, debido a los altos grados de analfabetismo que existe en el país, no

realizan el trámite, y su cosmovisión maya va más allá de un registro para que sean reconocidos sus derechos.

1.3.1.4 Ley de Desarrollo Social, Decreto legislativo 42-2001 del Congreso de la República de Guatemala:

La ley de Desarrollo Social, establece lineamientos para promover el desarrollo social en el país, con atención a los pueblos indígenas y otros grupos de población considerados de mayor vulnerabilidad social. Estableciendo en su artículo tres que *“Todas las personas tienen los derechos y libertades proclamados en la Constitución Política de la República, la Declaración Universal de Derechos Humanos, Tratados, Programas y Convenios Internacionales ratificados por Guatemala”*. Como es el caso del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países Independientes.

En su artículo ocho hace énfasis de los grupos de especial atención, por ser considerados vulnerables a violárseles el derecho de igualdad expresando que *“la Política de Desarrollo Social y Población deberá prever lo necesario para dar especial atención a los grupos de personas que por su situación de vulnerabilidad la necesiten, promoviendo su plena integración al desarrollo, preservando y fortaleciendo en su favor, la vigencia de los valores y principios de igualdad, equidad y libertad”*.

Nombrando en su artículo dieciséis los grupos de personas consideradas como vulnerables, y especifica en el numeral primero, del mismo artículo que dentro de estos sectores de especial atención se encuentran los indígenas, por ello dentro de la política *“se incluirán medidas y acciones que promuevan la plena participación de la población indígena en el desarrollo nacional y social, con pleno respeto y apoyo a su identidad y cultura”*.

Por lo que se considera que la Ley de Desarrollo Social, Decreto legislativo 42-2001 del Congreso de la República de Guatemala, tiene como fin el promover el desarrollo de los indígenas con respeto en su cultura e identidad; basada en la igualdad de todos los guatemaltecos, pero Guatemala siendo un país pluricultural, es difícil aplicar las mismas leyes a los que son desiguales, por las diferencias marcadas que existen en su estructura y cosmovisión.

1.3.1.5 Ley de Consejos de Desarrollo Urbano y Rural, Decreto legislativo 11-2002 del Congreso de la República de Guatemala:

La ley de Consejos de Desarrollo Urbano y Social, obliga en el artículo cinco literales “g y j”, a que en cada uno los Consejos de desarrollo urbano y rural, exista representación de las comunidades y organizaciones indígenas, estableciendo que el Consejo se integrara por *“cuatro representantes de los pueblos maya, uno del xinca y uno de garífuna, y dos representantes de las organizaciones campesinas”*.

Ya que como lo establece el artículo uno del mismo cuerpo legal *“el Sistema de Consejos de Desarrollo es el medio principal de participación de la población maya, xinca y garífuna y la no indígena, en la gestión pública para llevar a cabo el proceso de planificación democrática del desarrollo, tomando en cuenta principios de unidad nacional, multiétnica, pluricultural y multilingüe de la nación guatemalteca”*. Estableciendo en su artículo dos, literal “a” que el Sistema de Consejos de Desarrollo se fundamentara en el principio general del *“respeto a las culturas de los pueblos que conviven en Guatemala”*.

1.3.1.6 Ley de Transformación Agraria, Decreto 1551 del Congreso de la República de Guatemala:

La ley da vigencia legal al Instituto Nacional de Transformación Agraria, (INTA), el cual en la actualidad es substituido por el Fondo de tierras, la Ley de Transformación Agraria reconoce a la tierra como principal medio de producción, y procura la distribución de la propiedad estatal al sector campesino, comenzando a controlar el Estado la situación de la tierra improductiva.

Esta ley ha sido reformada por los Decretos 27- 80 y 54-92 ambos del Congreso de la Republica, *“lo que evidencia que es un ley rebasada en muchos aspectos por la realidad agraria y por otro lado con la derogatoria de los artículos que constituía el Instituto Nacional de transformación Agraria, por parte del Dto. 24-99, Ley de Fondo de tierras, no existe ninguna institución responsable en forma especializada y exclusiva que se encargue de la política agraria de una manera integral, porque no obstante el Dto. 114-97 otorga al Ministerio de agricultura, Ganadería y Alimentación funciones en esta*

materia, el mismo ha sido poco eficaz en su implementación. La política agraria y el derecho agrario desarrollados a partir del Dto. 1551 y 38-7 y sus reformas han resultado en un verdadero fracaso para la resolución de la problemática agraria, el desarrollo agrario sostenible en general".³²

1.3.1.7 Ley del Registro de información Catastral, Decreto 41-2005 del Congreso de la República de Guatemala:

"En el marco de los acuerdos de paz, se aprobó e implemento la Ley del Registro de Información Catastral (RIC), la que tiene como propósito elaborar un ordenamiento territorial y contribuir a la certeza jurídica de la tenencia de tierras del Estado, las comunidades y de los particulares. El desorden en los registros de tenencia y titulación ha facilitado su apropiación ilegal, cuyos patrimonios nacionales, municipales y comunales han pasado a manos privadas al amparo de prácticas fomentadas por el mismo Estado".³³ Con el fin de eliminar este sistema de tenencia de la tierra.

El Registro de Información Catastral, (RIC), *"Regula las tierras comunales su propiedad, ordenando la elaboración del catastro y su posterior registró. En la práctica se observa que el RIC no toma en cuenta los antecedentes históricos de la propiedad de la tierra, solamente inicia a partir de los datos registrados, haciendo invisibles los despojos históricos de la tierra. Al momento el RIC se encuentra retrasado en los plazos fijados para realizar un catastro nacional que incluya el registro de las tierras colectivas de los pueblos indígenas con información desactualizada. En cuanto a procedimientos, el RIC no cuenta con mecanismos adecuados para consultar a las poblaciones indígenas respecto de sus tierras de acuerdo a lo establecido por la Declaración de las Naciones Unidas sobre Pueblos indígenas. Al no considerarse estas situaciones, se prevé que el RIC no incorporara del todo el registro de las comunidades indígenas. El Comité contra la discriminación Racial ha recomendado a Guatemala que asegure la debida aplicación*

³² Mejía Salazar. *Op. cit.* Página 23, 24.

³³ Hernández S. *Op. cit.* Página 11.

de la Ley de Catastro Nacional para que se identifiquen y demarquen sus tierras comunales indígenas".³⁴

Dentro de su articulado se nos define el concepto de tenedor, específicamente en el artículo veintitrés literal "w" que nos expresa que tenedor, "es la persona que por cualquier circunstancia tiene en su poder un predio, inscrito o no en el Registro de la Propiedad, sin ser el propietario o poseedor legítimo del mismo, y su condición no genera ningún derecho con relación a esta Ley". Por lo que no se toma en cuenta la tenencia consuetudinaria de los pueblos indígenas, ya que ellos si son propietarios legítimos de la tierra, sin embargo no generan derechos en esta ley.

En el artículo veintitrés literal "y", define a las tierras comunales, como "*las tierras en propiedad, posesión o tenencia de las comunidades indígenas o campesinas como entes colectivos, con o sin personalidad jurídica*", estableciendo que forman parte de estas tierras "*aquellas que aparecen registradas a nombre del estado o de las municipalidades, pero que tradicionalmente han sido poseídas o tenidas bajo el régimen comunal*". Por lo que únicamente se reconocen las tierras del Estado y Municipales, pero no se reconocen las tierras comunales a nombre de comunidades indígenas. Indicando además en el artículo sesenta y cinco que "*el registro de información catastral reconocerá y hará declaratoria de tierra comunal en donde se pruebe su existencia*". El artículo sesenta y cinco de esta ley establece el procedimiento para emitir el reglamento específico para el reconocimiento y declaración de tierras comunales el cual debe de ajustarse a lo establecido en la Constitución Política de la República de Guatemala y el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, a pesar de ello en la práctica no se ajusta a lo establecido.

En Guatemala la "*colaboradora de la unidad de tierras comunales del Registro de Información Catastral (RIC)*, se reunieron el 25 de junio de este año con autoridades locales, dirigentes comunitarios y vecinos de las aldeas Chiallí, Cuyquel, y Agua Fria del municipio de Tactic, Alta Verapaz. El objetivo fue realizar un recorrido por las tres

³⁴ Pop Alvaro, Organismo Naleb', "*Evaluación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*", Guatemala.

Página 29, 30

comunidades, para analizar la posibilidad de que estos fueran declarados Tierra Comunal. Durante la actividad participaron acerca de 50 líderes de las tres comunidades, el objetivo fue realizar una Visita Previa, como lo establece el artículo del Reglamento Específico para Reconocimiento y Declaración de Tierras Comunales, del RIC. Durante el recorrido se pudo observar que la extensión de la comunidad es utilizado para vivienda de los pobladores y que el bosque que se pretende declarar como Tierra Comunal, cuenta aproximadamente con 21 hectáreas de extensión”.³⁵

Por lo que la ley del Registro de información Catastral, Decreto 41-2005 del Congreso de la República de Guatemala, si vela por analizar el reconocimiento de tierras comunales, pero el desorden que existe en los registros del RIC han contribuido a la apropiación ilegal, por lo que debería de reforzarse más esta debilidad para que no se den estas vulneraciones a las comunidades indígenas.

1.3.1.8 Reglamento de Regularización de la Tenencia de las Tierras Entregadas por el Estado, Acuerdo gubernativo No. 386-2001, del Congreso de la República de Guatemala el 14 de septiembre de 2001:

El cual tiene por objeto definir los procedimientos generales y específicos del proceso de regularización que utilizara el fondo de tierras y de esa manera dar cumplimiento al decreto 24-99 del Congreso de la República de Guatemala, el cual es la Ley de Fondo de Tierras, *“El Fondo de Tierras (FONTIERRAS) es una institución creada para definir y ejecutar una política pública relacionada con el acceso a la tierra, facilitando el acceso a la tierra a campesinos en forma individual u organizada a través de mecanismos financieros regidos por la ley del mercado. Este fondo se ha encontrado con diversas dificultades –corrupción-, entre ellas la alta demanda y la poca oferta de tierras, no existe un proceso coercitivo de venta de tierras previendo impuestos drásticos a la tierra ociosa y se enfrenta al poco presupuesto asignado para su funcionamiento. La lentitud de los procedimientos, los altos costos de la tierra y la mala calidad de la tierra y la privatización*

³⁵ RIC, Registro de Información Catastral, “Comunitarios ratifican el trámite de terrenos en aldea Tactic”, Noticias, boletín No. 46, Guatemala, Septiembre de 2014, <http://www.ric.gob.gt/noticias> Fecha de consulta 18 de octubre de 2014.

de los servicios de asistencia técnica al campesino han generado que el crédito otorgado sea para muchas personas imposible de pagar en la mayoría de los proyectos otorgados a pueblos indígenas".³⁶

En el 2010 "El día 16 de abril El Fondo de Tierras, por medio de la Coordinadora Regional de Cobán, hizo entrega de las Escrituras Públicas que acreditaron como propietarias a 18 familias integradas en la Empresa Campesina Asociativa –ECA- Los Limones, de Finca Los Limones, ubicada en el municipio de Senahú, Alta Verapaz. De acuerdo a la reseña histórica, los beneficiarios iniciaron gestiones en el año 2000 ante el Fondo de Tierras y la adjudicación se dio tras el cumplimiento de todos los requisitos requeridos por el Programa de Acceso a la Tierra. Las 18 familias constituyen, en total, 191 personas beneficiadas con una extensión total de 180.96 hectáreas".³⁷

Por lo que se considera que el Reglamento de Regularización de la Tenencia de las Tierras Entregadas por el Estado, Acuerdo gubernativo No. 386-2001, del Congreso de la República de Guatemala el 14 de septiembre de 2001, si da cumplimiento a la ley de fondo de tierras sin embargo el proceso de regularización de tierra es muy lento, comparado con las adjudicaciones de tierra que se desean obtener por parte de comunidades indígenas.

1.3.2 Derecho Internacional

Los Convenios ratificados por Guatemala que regulan los pueblos indígenas dentro de su legislación con el fin de "defender a la población que ha estado en desventaja en comparación del resto de la sociedad, así nivelar la situación de todas y todos como sujetos de derechos. Uno de los convenios más importantes que establece preceptos y regula derechos propios de los pueblos, es el Convenio 169 de la OIT".³⁸ Ya que dentro del marco jurídico que ha adoptado y ratificado a nivel internacional, la Republica de

³⁶ Pop Alvaro. *Op. cit.* Página 29.

³⁷ FONTIERRA, Fondo de Tierras, "18 nuevas familias propietarias de su tierra, Boletín informativo 20-10", Guatemala, Mayo 2010, <http://ns.fontierras.gob.gt/?sec=5&nid=125> Fecha de consulta 18 de octubre de 2014.

³⁸ Hernández Méndez, Olga. *Op. cit.* Página 15.

Guatemala, en materia de la tenencia de la tierra de tipo comunal, encontramos que la relación que tienen los pueblos indígenas con su territorio se ha reconocido en el derecho internacional, por lo que se encuentra regulado en instrumentos legales de carácter internacional.

*“Guatemala es generosa en cuanto a suscripción de tratados internacionales. Sin embargo, en materia de cumplimiento, es particularmente deficitaria: nos referiremos a los convenios internacionales vinculados con la materia agraria. Como ya advertimos en los inicios de este trabajo, ante cualquier contradicción entre un tratado internacional y la Constitución de la República, prevalece esta última. Este es el caso del Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, el cual tiene avances en relación con la legislación nacional acerca de los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras; no obstante, y pese a ser ley de la República, este no prevalece en el orden de aplicación interno”.*³⁹

La Corte de Constitucionalidad en su jurisprudencia les ha otorgado en materia de Derechos Humanos, primacía sobre el derecho interno pero no sobre la Constitución Política de la República de Guatemala; dentro del marco internacional encontramos otros instrumentos internacionales que velan por la protección de los pueblos indígenas, dentro de los cuales los más relevantes en el tema de tenencia de la tierra de tipo comunal podemos mencionar:

1.3.2.1 Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

Este instrumento internacional, protege el vínculo que tienen los pueblos indígenas con sus tierras, es una declaración de las Naciones Unidas, la cual en sus treinta artículos nos presenta los derechos humanos considerados como básicos de carácter civil, económico, social, y político y cultural, y su naturaleza es vinculante para los Estados que forman parte. En su artículo diecisiete numeral uno, regula que *“toda persona tiene*

³⁹ Velásquez Helmer. *Op. cit.* Página 22.

derecho a la propiedad, individual y colectiva” y en su artículo dos que “nadie será privado arbitrariamente de su propiedad”. Sin embargo en Guatemala, por la influencia económica que ejercen los terratenientes se les ha privado arbitrariamente a comunidades indígenas, de su propiedad, por no reconocerse la propiedad de tipo comunal dentro de la legislación guatemalteca.

1.3.2.2 Declaración de los derechos de los pueblos indígenas, adoptada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas el 13 de septiembre de 2007.

“La declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (UNDRIP) fue adoptada por la Asamblea General de la ONU en 2007, después de más de 20 años de negociaciones entre los pueblos indígenas y los Estados. La UNDRIP es la más reciente y más plena expresión de las aspiraciones de los pueblos indígenas. En tanto que la declaración, la UNDRIP no tiene la fuerza vinculante de un tratado. Sin embargo, la UNDRIP fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas y debe de ser considerada de buena fe por todos los Estados miembros de la ONU. La UNDRIP no establece nuevos derechos, sino más bien refleja la articulación de derechos existentes en el contexto de los pueblos indígenas”.⁴⁰

Se considera *“un logro histórico que aporta la comunidad internacional un marco común para la realización de los derechos de los pueblos indígenas”.⁴¹* Ya que establece un marco de igualdad para estos pueblos que han sufrido de tantos vejámenes y violaciones a sus derechos debido a la discriminación.

Dentro del articulado que regula a los pueblos indígenas, se encuentra: El artículo ocho, numeral dos, inciso “b” el cual establece los mecanismos eficaces para la prevención y el resarcimiento de *“Todo acto que tenga por objeto o consecuencia enajenarles sus tierras, territorios o recursos”*. En el mismo sentido el artículo diez *“los pueblos indígenas*

⁴⁰ Oficina Internacional del trabajo Ginebra, Departamento de normas internacionales del trabajo, *“Manual para los mandantes tripartitos de la OIT”*, Ginebra OIT, primera edición 2013. Página 10.

⁴¹ Organización internacional del trabajo, *“Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica”*, Ginebra OIT 2009. Pagina 5.

no será desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios. No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso”.

En su artículo veinticinco expresa “*que los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y fortalecer su espiritualidad con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente ha poseído u ocupado y utilizado de otra forma y a asumir las responsabilidades que a ese propósito les incumbe, respecto de las generaciones venideras”.*

En igual sentido manifiesta en el artículo veintiséis “*que los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado de otra forma utilizando o adquirido. Teniendo derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otra forma tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma, estableciendo que los estados aseguran el reconocimiento y protección jurídica de esas tierras, territorios y recursos, respetando las costumbres, tradiciones y sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas”.* Por lo que se le reconoce la estructura consuetudinaria, en la que se han basado los pueblos indígenas a lo largo del tiempo, y también se protege la relación de espiritualidad que ellos tienen con su tierra.

El artículo veintisiete del mismo cuerpo legal, establece que “*los estados aplicaran conjuntamente con los pueblos indígenas interesados un proceso equitativo, independiente, imparcial, abierto y transparente en el que se reconozcan debidamente las leyes, tradiciones, costumbres y sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas, en relación con sus tierras, territorios y recursos comprendidos, aquellos que tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado de otra forma”.* Y si en caso se les expropiara de su tierra a los pueblos indígenas, sin su consentimiento, se establece en el artículo veintiocho que “*los pueblos indígenas tienen derecho a la reparación, por medios que pueden incluir la restitución o cuando ello no sea posible, una indemnización justa imparcial y equitativa por las tierras, territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado y que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado”.*

En el artículo treinta y dos, numeral uno establece que “*los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos*”.

Es por ello que “*a través de un comunicado, la ONU en Guatemala, instó al Estado a reconocer el aporte vital de los Pueblos Indígenas en la construcción de un país diverso e incluyente, y a dar respuestas a las reivindicaciones políticas, sociales, económicas y culturales que conduzcan al disfrute de los derechos individuales y colectivos. Según el Sistema de Naciones Unidas, aún persiste una gran brecha entre los mínimos avances alcanzados y los derechos contenidos en instrumentos internacionales como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, y la realidad. En Guatemala, los Pueblos Indígenas continúan sufriendo desplazamiento de sus territorios ancestrales, exclusión de la participación efectiva en procesos de toma de decisiones, discriminación, marginación en áreas como salud y educación, y extrema pobreza, agrega el documento. Esta situación se evidencia en los altos índices de desnutrición crónica que afecta al 49.8 por ciento de las niñas y los niños menores de 5 años, de los cuales 80 por ciento son indígenas así como en las altas cifras de mortalidad materna de mujeres indígenas que es tres veces mayor que en mujeres no indígenas, refiere el estudio*”.⁴²

1.3.2.3 Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, creado por la Organización Internacional del Trabajo, 27 de junio de 1989.

“*El Convenio núm. 169 es un convenio único. Adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo (OIT) en la 76ª reunión, en 1989, en cooperación con el sistema de las Naciones Unidas, el convenio representa el consenso alcanzado por los mandantes tripartitos de la OIT*”.⁴³ Ratificado por Guatemala el cinco de junio de mil novecientos

⁴² Gramajo Jessica, “*ONU llama a respetar a los pueblos indígenas*”, Prensa Libre, Nacionales, Guatemala, 9 de agosto del año 2011.

⁴³ Oficina Internacional del trabajo. *Op. cit.* Página xi.

noventa y seis, el cual es actualmente, un instrumento jurídico para la defensa de los derechos colectivos e individuales de los pueblos indígenas y tribales.

Introdujo responsabilidades como es el reconocimiento cultural y el respeto de los valores de los pueblos indígenas, promoviendo la igualdad en base a sus diferencias existente, por lo que *“establece la obligación por parte de los Estados de respetar las formas de administración, la transmisión de los derechos sobre las tierras, la consulta sobre las decisiones en relación a las mismas y la de dar asesoría para impedir que terceros se aprovechen de las costumbres o de un eventual desconocimiento de las leyes por parte de las comunidades indígenas. El convenio 169 da validez a la tenencia, posesión y propiedad de las tierras por parte de las cooperativas agrícolas indígenas y las comunidades indígenas. En relación a la tenencia, posesión y propiedad de la tierra por parte de los pueblos indígenas, el Convenio 169 en la Parte II relacionada a la tierra vincula esta situación con la cultura y los valores espirituales, ordena el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas a las tierras que tradicionalmente ocupan y ordena la protección y la institución de procedimientos adecuados para las reivindicaciones de tierras; y finalmente, incorpora la noción de territorio entendido como la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos indígenas ocupan o utilizan de alguna u otra manera”*.⁴⁴ Concepto que la Constitución Política de la República de Guatemala no adopta ya que utiliza el término comunidades indígenas y no territorio indígena,

El Convenio en mención hace referencia que los pueblos indígenas tienen derecho a decidir sobre sus propias prioridades de desarrollo en lo espiritual, creencias, instituciones, las tierras que ocupan o utilizan y el poder controlar su desarrollo económico, social y cultural.

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, informe número 75/02, caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), de fecha veintisiete de diciembre de dos mil dos, en su párrafo ciento veintisiete indica que el Convenio 169 de la OIT *“es el*

⁴⁴ Elias Silvel. *Op. cit.* Página 22.

instrumento internacional de derechos humanos específico más relevante para los derechos de los indígenas”.

Capítulo II

Análisis del sistema de tenencia de la tierra de tipo comunal en Guatemala a la luz del convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes

2.1 Organización Internacional del Trabajo (OIT)

La Organización Internacional del Trabajo (OIT), *“Es la organización del sistema de las Naciones Unidas especializada en el establecimiento de normas cuya finalidad es mejorar las condiciones de vida y de trabajo de los pueblos del mundo entero, sin discriminación por motivos de raza, género de vida o extracción social. La OIT, fundada en 1919 cree que, la pobreza, en cualquier lugar, constituye un peligro para la prosperidad de todos. La OIT adopta convenios y ayuda a los gobiernos y otros interesados a ponerlos en práctica. A fines de 2002 había adoptado 184 convenios sobre cuestiones tan variadas como las condiciones de trabajo, la protección de la maternidad, la discriminación, la libertad de asociación y la seguridad social. En 1969, como recompensa por la obra realizada, la OIT recibió el premio Nobel de la Paz. La OIT se distingue de las demás organizaciones del sistema de las Naciones por ser la única que no se compone exclusivamente de gobiernos, pues en ella coparticipan gobiernos, empleadores y trabajadores. En 1946 la OIT fue la primera organización especializada que pasó a formar parte del sistema de la Organización de las Naciones Unidas, fundada en 1945”*.⁴⁵

Por ello se le considera a la Organización Internacional del Trabajo como *“el único resultado importante que aún perdura del Tratado de Versalles, el cual dio origen a la Sociedad de Naciones”*,⁴⁶ por ser el organismo más antiguo de los organismos

⁴⁵ Organización Internacional del Trabajo, *“Un manual, Proyecto para promover la política de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales”*, Ginebra, Suiza, Primera edición 2003. Página 1.

⁴⁶ Vielman Ramírez, Ilse del Carmen, *“Análisis de la violación de los derechos y garantías de los pueblos indígenas contenidos en el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo en relación a la explotación minera en Guatemala”*, Guatemala, diciembre 2007, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala. Página 44.

especializados de las Naciones Unidas, siendo el primero en preocuparse por los indígenas de manera sistemática, cuyo fin es mejorar las condiciones de vida y trabajo en todo el mundo, ya que para la OIT la identidad indígena o tribal es un criterio fundamental para la identificación de esos pueblos.

La OIT *“tiene entre sus atribuciones a) la adopción de instrumentos jurídicos internacionales que contienen normas de diversa significación para sus Estados miembros, instándolos de diversas maneras a que les hagan suyas y b) instituir organismos para la supervisión de la aplicación y cumplimiento de dichas normas”*.⁴⁷

Este órgano especializado de las Naciones Unidas cuenta con tres órganos principales que son: *“1. La Conferencia Internacional del Trabajo: Es un foro que permite la discusión y el examen de importantes temas socio laborales. Adopta normas y es el principal órgano de decisorio de la Organización. En la Conferencia anual de la Organización, representan a cada uno de sus 175 Estados miembros cuatro delegados, dos gubernamentales, uno de las Organizaciones nacionales de empleadores y uno de las organizaciones nacionales de trabajadores. 2. El Consejo de Administración Establece el proyecto de Programa y Presupuesto de la OIT cuya aprobación definitiva corresponderá a la Conferencia, cuyo orden del día también establece. El Consejo de Administración elige al Director General de la OIT quien, por un periodo de cinco años será jefe ejecutivo de la administración y supervisará el funcionamiento diario de la Oficina. El Consejo de Administración se compone de 56 miembros, 28 gubernamentales, 14 empleadores y 14 trabajadores. 3. La Oficina Internacional del Trabajo Representa el punto central de las actividades de la Organización. Es su secretaría permanente y un centro de investigación y documentación. Tiene su sede en Ginebra y cuenta con 58 oficinas regionales o locales”*.⁴⁸

⁴⁷ Consejo de Organizaciones Mayas de Guatemala COMG, *“Cuarto Informe Alternativo sobre la Aplicación del Convenio 169 de la OIT en Guatemala”*, Guatemala, Editorial NOJIB'SA, 17 de diciembre de 2007. Página 28.

⁴⁸ Organización Internacional del Trabajo. *Op. cit.* Página 2.

A través de la ratificación en Guatemala del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes “el 12 de agosto del año 2003 fue creado por acuerdo ministerial el departamento de pueblos indígenas, acuerdo número 364-2003, el cual se encuentra constituido en el Ministerio de Trabajo y Previsión Social. Este departamento se encarga de atender las particulares situaciones de vulnerabilidad y discriminación de los pueblos indígenas, promoviendo el cumplimiento de su derechos así como la aplicación del convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo”.⁴⁹ Ya que fue creado por adquirir la obligación el Estado guatemalteco de proteger a los pueblos indígenas y velar porque no sufran discriminación.

2.2 Pueblos Indígenas y tribales en países independientes

*“El definir que es un pueblo o población indígena y quien es indígena es uno de los problemas más complejos y discutidos a los que enfrenta esta temática. Autores, organismos internacionales y los Estados y las propias organizaciones indígenas, no han encontrado, todavía una definición que satisfaga a todos por igual. Desde la perspectiva del derecho internacional, dado que su finalidad es que sus normas se apliquen en el mayor número posible de Estados miembros de la comunidad internacional”.*⁵⁰

No todos los pueblos indígenas de los Estados del mundo tienen similitudes en su estructura o cultura, lo único que los generaliza es pertenecer ancestralmente a un pueblo indígena, pero cada pueblo tiene diferente cultura y cosmovisión, lo que los hace diferentes, por lo que es difícil encontrar una definición que encierre todas los rasgos que puedan caracterizar a estos pueblos, y que incluya a todas las poblaciones indígenas que se puedan encontrar universalmente.

⁴⁹ Vielman Ramírez, Ilse del Carmen. *Op. cit.* Página 26.

⁵⁰ Papadópolo Midori, “*El nuevo enfoque internacional en materias de derechos de los pueblos indígenas*”, Guatemala, Universidad Rafael Landívar, Instituto de Investigaciones económicas y sociales (IDIES) 1995. Página 7.

En realidad no existe una definición concreta de pueblos indígenas y tribales en países independientes, más bien *“es una denominación común para más de 370 millones de personas que se encuentran en más de 70 países del mundo. Estos pueblos constituyen aproximadamente el 5 por ciento de la población mundial pero el 15 por ciento de los pobres en el mundo”*.⁵¹

Representan este porcentaje de la población debido a los vejámenes que han sufrido a sus derechos, ya que los pueblos indígenas se encuentran en situación de vulnerabilidad, por lo que el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, reafirma sus derechos, amparándolos de gozar condiciones de igualdad ante las demás personas, es por ello que promueve la justicia social de los derechos humanos y regula el reconocimiento de esos derechos por parte de los Estados que han ratificado el Convenio, debido a su naturaleza vinculante. La Corte de Constitucionalidad de Guatemala, gaceta jurisprudencial sobre la constitucionalidad del Convenio 169 de la OIT, expediente ciento noventa y nueve guión noventa y cinco, numeral VIII, literal A precisa la forma en que ha de interpretarse, al considerar que *“(...) debe entenderse como ‘pueblo’, según los conceptos del propio Convenio, aquellos sectores o grupos de la colectividad cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distinguan del resto de la sociedad, y que estén regidos por sus propias costumbres o tradiciones, así como los que descendan de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que perteneció el país en la época de la conquista o colonización”*

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su informe número 40 /04, caso 12.053, Comunidades indígenas mayas del Distrito de Toledo Belice, de fecha doce de octubre del año dos mil cuatro indica en su párrafo ciento cincuenta y cinco que *“Los pueblos indígenas y tribales tienen formas de vida únicas y su cosmovisión se basa en su estrecha relación con la tierra. Las tierras tradicionalmente utilizadas y ocupadas por ellos son un factor primordial de su vitalidad física, cultural y espiritual”*

⁵¹ Oficina Internacional del trabajo. *Op. cit.* Página 2.

Además la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso ciento dieciséis, Masacre plan de Sánchez VS. Guatemala, Reparaciones y costas de fecha de sentencia de diecinueve de noviembre de dos mil cuatro indica en su párrafo ochenta y cinco que *“para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que devenga gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitido a las generaciones futuras”*.

Es por ello que *“el Convenio 169 de la OIT, de 1989, ha optado por utilizar específicamente el termino pueblos, abandonando el de poblaciones que fue utilizado por el Convenio 107”*⁵² por ello se le considera como el único instrumento internacional en vigor que se refiere específicamente a los pueblos indígenas y tribales en países independientes.

2.3 Antecedentes del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes

Preocupándole a la Organización Internacional del Trabajo, la discriminación y explotación de los pueblos indígenas le inspiro a *“la adopción de normas en representación del sistema de las Naciones Unidas, la OIT adoptó el Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales (núm. 107). El Convenio núm. 107 fue el primer tratado internacional en ocuparse de los derechos de los pueblos indígenas. El Convenio sigue todavía en vigor en 17 países, en los que se usa como instrumento para garantizar ciertos derechos mínimos. Sin embargo, el Convenio núm. 107 quedó cerrado a nuevas ratificaciones desde la entrada en vigor del Convenio núm. 169. El Convenio núm. 107 se orientaba intrínsecamente hacia la asimilación, lo cual era típico en aquellos tiempos. El Convenio núm. 107 se fundamenta en la suposición subyacente de que el único futuro posible para los pueblos indígenas era su integración en el resto de la sociedad, y que otros habían de tomar decisiones sobre su desarrollo. En 1986, una comisión de expertos*

⁵² Papadópolo Midori. *Op. cit.* Página 11.

*convocada por el Consejo de Administración de la OIT concluyó que «el enfoque integracionista del Convenio era obsoleto y que su aplicación era perjudicial en el mundo moderno». En consecuencia, la OIT inició la revisión del Convenio núm. 107 y finalmente adoptó el Convenio núm. 169 sobre pueblos indígenas y tribales en 1989».*⁵³ Basado no en la integración de los pueblos indígenas en la sociedad moderna como era el fin del Convenio 107, sino en el respeto de la estructura de vida de los pueblos indígenas y tribales en países independientes, y en la igualdad de derechos con el resto de la sociedad.

Con el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes *“los pueblos indígenas pasan de ser objetos de protección a sujetos de derechos. En este sentido, el Convenio 169, además, incorpora la categoría jurídica de los derechos colectivos (denominados de tercera generación), los cuales solo pueden ejercerse colectivamente. Así la comunidad indígena es un sujeto colectivo de derecho público y no simple suma de sujetos individuales”.*⁵⁴ Es por ello que a las comunidades indígenas de los Estados ratificantes les deben respetar sus costumbres, formas de vida y estructura como colectividad.

2.4 Territorio indígena

“El derecho a la posesión y a la propiedad de las tierras, así como la explotación y la utilización y aprovechamiento de los recursos, es probablemente uno de los aspectos más controvertidos de las relaciones entre los pueblos indígenas y los Estados en que viven. Las organizaciones indígenas han exigido y exigen en la actualidad con vigor bastante acentuado, que las legislaciones reconozcan el derecho de los pueblos indígenas a la propiedad de la tierra y establezcan un régimen de propiedad de tierras diferente del que se aplica al resto de la población nacional, aspirando, asimismo al

⁵³ Organización Internacional del Trabajo. *Op. cit.* Página 4.

⁵⁴ Guamán Gualli , Julián, *“Análisis del Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas”*, Getafe, Madrid, 28 de junio de 2011, Trabajo de investigación Título de Experto Universitario en Pueblos Indígenas, Derechos Humanos y Cooperación Internacional, Universidad Carlos III de Madrid Instituto Universitario de Estudios Internacionales y Europeos. Página 3.

reconocimiento y protección internacional en la materia".⁵⁵ Al hacer referencia a un régimen de propiedad diferente, se incluye los aspectos de colectividad sobre su territorio, conocido como régimen de propiedad comunal que reconoce un derecho de propiedad a cada uno de las personas que forman parte de un pueblo indígena, propiedad que solo pueden ejercer de manera colectiva, ya que todos los miembros tienen un interés común, lo que los identifica como pueblo.

"El territorio indígena constituye la referencia espacial de la identidad colectiva, es decir el espacio de pertenencia a un grupo y a una cultura. Es el espacio histórico que simbolizan las relaciones afectivas con el pasado ancestral, y también el espacio vivido en donde se han plasmado las huellas que dejan las relaciones afectivas y de contradicción entre los miembros de la comunidad. Es además el espacio simbólico que ha permitido la reproducción cultural del pueblo, es decir es el espacio de vida y de la madre naturaleza. El territorio indígena es un espacio de apropiación. No es solamente un referente simbólico, sino también una fuente de recursos para beneficio individual o colectivamente, sujeto o diferentes formas de ocupación es decir una garantía para la sobrevivencia que difícilmente puede obtenerse fuera del contexto comunitario. El territorio indígena constituye un espacio político, cultural y económico sobre el cual se establecen relaciones de poder y de diferenciación social, pero también relaciones de cooperación, solidaridad y reciprocidad".⁵⁶

Ya que los pueblos indígenas en su cosmovisión, no ven el territorio únicamente como un espacio de tierra en el que pueden habitar, lo ven como derecho ancestral que representa su fuente de sobrevivencia, y sobre todo su identidad como parte de una colectividad que habita en territorio de naturaleza sagrada para estas poblaciones.

Como se ha analizado anteriormente, para los pueblos indígenas el territorio representa más que un espacio geográfico en el que ellos pueden habitar y desarrollar sus actividades, representa un elemento de subsistencia, y de identidad propia de su cultura, dentro del cual se encuentra su cosmovisión, estructura y religiosidad. Es por ello que "El

⁵⁵ Papadópolo Midori. *Op. cit.* Página 23.

⁵⁶ Elias Silvel. *Op. cit.* Pagina13.

*Instituto Interamericano de Derechos Humanos –IIDH- (1997), define tierras indígenas como: la porción dentro de este espacio (el territorio) que es apropiable por un individuo o una persona jurídica, bajo el régimen jurídico de la propiedad”:*⁵⁷ Que en el caso de los pueblos indígenas, representan su derecho de apropiación en términos colectivos, llamados territorio o tierras comunales.

El concepto de territorio “*no se encuentra regulado dentro de la legislación nacional y se reconoce únicamente el concepto de tierras, contrario a los establecido por la Declaración. Los pueblos indígenas han manifestado que esta situación afecta la relación especial que tiene los pueblos indígenas con la tierra y el manejo y uso de este recurso de manera ancestral*”.⁵⁸ Ya que son las tierras en que han vivido desde el tiempo de la Colonia y han administrado conforme a sus tradiciones, que han heredado de sus antepasados y desean heredar a sus descendientes, en el caso de Guatemala son las tierras que han heredado de los pueblos mayas antes de la invasión de los españoles.

Para reforzar esta debilidad dentro de la legislación guatemalteca el concepto de territorio indígena se encuentra definido en el Convenio 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, elaborado por la Organización Internacional del trabajo (1989), en la parte II, artículo trece, numeral dos, que establece: “*la utilización del término tierras indígenas debe incluir el concepto de territorio lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos ocupan o utilizan*”.

El convenio asume la preexistencia de un vínculo entre el pueblo indígena, identidad cultural y el territorio ocupado. El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, creado por la Organización Internacional del Trabajo, 27 de junio de 1989; establece en la anexo B, parte II de Tierras, en el artículo catorce punto uno, que “*deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén*

⁵⁷ Camey Uz, “*Gestión colectiva de los recursos naturales; un análisis sociológico del uso y manejo del bosque comunal de la parcialidad Baquiáx, cantón Juchanep, municipio y departamento de Totonicapán, Guatemala*”, Guatemala enero 2007, Escuela de ciencia Política, Universidad de San Carlos de Guatemala. Página 19.

⁵⁸ Pop Alvaro. *Op. cit.* Página 28.

exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso ciento veinticinco, Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, Fondo, reparaciones y Costas, de fecha diecisiete de junio de dos mil cinco; indica en su párrafo ciento veinte que *“la protección del derecho a la propiedad de los pueblos indígenas sobre sus territorios ancestrales es un asunto de especial importancia, porque su goce efectivo implica no solo la protección de una unidad económica sino la protección de los derechos humanos de una colectividad que basa su desarrollo económico, social y cultural en la relación con la tierra”.*

2.5 Filosofía del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes

El convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes tiene como principios básicos el respeto a las culturas, formas de vida y organización de los pueblos indígenas y tribales; la participación de estos pueblos en la toma de decisiones de los asuntos que le interese, y a la vez establece mecanismos adecuados para que su contenido de derechos sean reconocidos en los Estados miembros.

Se trata de un instrumento *“inspirado en el respeto de las diversas culturas, sus formas de vida y la organización tradicional de los pueblos indígenas, que establece al propio tiempo los mecanismos adecuados para hacer eficaces tales derechos ante el orden jurídico local”*.⁵⁹

Basado en principios de no discriminación ya que el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, creado por la Organización Internacional del Trabajo, 27 de junio de 1989; establece en la parte I política general en el artículo tres *“1. Los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos*

⁵⁹ Rohrmoser Valdeavellano Rodolfo, *“La operatividad del Convenio 169 de la OIT en el derecho interno guatemalteco”*, Guatemala, 2006. Página 779.

ni discriminación. Las disposiciones de este Convenio se aplicarán sin discriminación a los hombres y mujeres de esos pueblos. 2. No deberá emplearse ninguna forma de fuerza o de coerción que viole los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos interesados, incluidos los derechos contenidos en el presente Convenio". En el mismo sentido el artículo cuatro del mismo cuerpo legal, establece "1. Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados. 2. Tales medidas especiales no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados. 3. El goce sin discriminación de los derechos generales de ciudadanía no deberá sufrir menoscabo alguno como consecuencia de tales medidas especiales". Es por ello que los gobiernos de los Estados partes que han ratificado el Convenio deben adoptar medidas que garanticen el cumplimiento de estos derechos, a las comunidades indígenas y de esta manera proteger la identidad que los distingue como parte de una cultura.

"Un objetivo importante del Convenio núm. 169 es el de fijar las condiciones necesarias para el autogobierno y, a tal efecto, ofrecer medios para que los pueblos mencionados puedan mantener o asumir la gestión de sus vidas y destinos propios, y lograr que se reconozca más ampliamente el carácter particular de sus culturas, tradiciones y costumbres, así como un mayor control de su propio desarrollo económico, social y cultural".⁶⁰ El cual trae un beneficio no solo para la comunidad indígena, sino para toda población de los Estados parte debido a la sostenibilidad ambiental que estos pueblos le dan a nuestro medio ambiente,

El Convenio promueve "la restitución de tierras comunales o compensación de derechos, así como para determinar el carácter inalienable, imprescriptible e irrenunciable de las tierras comunales, tanto las registradas legalmente como aquellas que tradicionalmente ocupan, las que tienen vocación comunal y las que han tenido tradicionalmente acceso para su sobrevivencia".⁶¹

⁶⁰ Organización Internacional del Trabajo. *Op. cit.* Página 10.

⁶¹ Elias Silvel. *Op. cit.* Página 22, 23.

2.6 Estructura del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes

El convenio 169 de la Organización internacional del trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, cuenta con una estructura dividida en preámbulo, el cual contiene los considerandos que se tomaron en cuenta y que forman como base principal para su creación.

Su contenido puede ser dividido en tres partes, la primera regula la política general y se encuentra constituida por los principios y condiciones que los gobiernos partes deben de considerar, fomentar y respetar en sus relaciones con los pueblos indígenas y tribales; la segunda parte, se refiere a las disposiciones, la cual regula los derechos humanos que considera la Organización Internacional del Trabajo que deben tener las poblaciones indígenas y tribales, dentro de estos derechos específicos encontramos las tierras, contratación y condiciones de empleo, formación profesional, artesanías e industrias rurales, seguridad social y salud, educación, medios de comunicación y la cooperación a través de fronteras.

Culminando con la tercera parte, la cual regula las disposiciones de administración, generales y finales, estableciendo la Organización Internacional del Trabajo en esta parte las medidas administrativas que los gobiernos deben de adoptar para garantizar la aplicación del convenio, en los diferentes estados ratificantes, las cuales deben de adoptar dentro de su legislación interna. Componiéndose en total de cuarenta y tres artículos que fortalecen a nivel internacional los derechos de los pueblos indígenas y tribales en países independientes.

2.7 Jerarquía del Convenio 169 de la OIT Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países independientes, en el Derecho Interno Guatemalteco

Al analizar el termino jerarquía, nos referimos al lugar que ocupa el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales dentro de nuestro ordenamiento jurídico interno, ya que *“en tesis general, los tratados internacionales en los que Guatemala sea Estado Parte, son instrumentos jurídicos que esta colocados claramente por debajo de la Constitución Política de la República de Guatemala”*.⁶²

El Convenio no prevalece sobre la Constitución guatemalteca, sino se encuentra por debajo de ella, es por ello que en la Constitución Política de la República de Guatemala, creada por la Asamblea Nacional Constituyente, el 31 de mayo de 1985, en el artículo cuarenta y seis, *“establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tiene preeminencia sobre el derecho interno”*.

La Corte de Constitucionalidad hace referencia a que *“la constitución haya establecido esa supremacía donde el derecho interno debe entenderse como su reconocimiento a la evolución que en materia de derechos humanos se ha dado y tiene que ir dando, pero su jerarquización es la de ingresar al ordenamiento jurídico con carácter de norma constitucional que concuerde con su conjunto pero nunca en potestad reformadora y menos derogatoria de sus preceptos por la eventualidad de entrar en contradicción con normas de la propia constitución”*.⁶³ El Convenio 169 de la OIT, prevalece sobre el derecho interno, por regular Derechos Humanos, por lo que pasa a formar parte del ordenamiento jurídico con carácter de norma constitucional, predominando ante las leyes ordinarias.

En base al artículo cuarenta y seis de la Constitución Política de la República de Guatemala, creada por la Asamblea Nacional Constituyente, el 31 de mayo de 1985; la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, en la gaceta jurisprudencial noventa y tres,

⁶² Consejo de Organizaciones Mayas de Guatemala COMG. *Op. cit.* Página 43.

⁶³ Rohrmoser Valdeavellano Rodolfo. *Op. cit.* Página 790.

expediente tres mil trescientos noventa y seis guión dos mil ocho, de fecha de opinión consultiva nueve de julio del año dos mil nueve, y en el mismo sentido la gaceta jurisprudencial noventa y tres, expediente mil doce guión dos mil nueve, de fecha de opinión consultiva trece agosto del años dos mil nueve; opina al respecto que “(...) *el artículo 46 de la Constitución Política de la Republica le otorga preeminencia a esos cuerpos normativos sobre el derecho interno, ello únicamente provoca que, ante la eventualidad de que la disposición legal ordinaria, de este orden entre en conflicto con una o varias normas contenidas en un tratado o convención internacional sobre derechos humanos, prevalecerán estas últimas(...)*”.

En el mismo sentido se emite la gaceta jurisprudencial dieciocho, expediente doscientos ochenta guión noventa, de fecha de opinión consultiva diecinueve de octubre de mil novecientos noventa; opina al respecto “(...) *que el artículo 46 jerarquiza tales derechos humanos con rango a la legislación ordinaria o derivada, pero no puede reconocérsele ninguna superioridad sobre la Constitución, porque si tales derechos, en el caso de serlo, guardan armonía con la misma, entonces su ingreso al sistema normativo no tiene problema, pero si entraren en contradicción con la Carta Magna, un efecto sería modificador o derogatorio, lo cual provocaría conflicto con las cláusulas de la misma que garantizan su rigidez y superioridad y con la disposición que únicamente el poder constituyente o el referendo popular, según sea el caso, tiene facultad reformadora de la Constitución. (...) Por otro lado, la pretensión de preeminencia sobre la Constitución tendría sentido si la norma convencional entrase en contravención con la primera, puesto que la compatibilidad no ofrece problemas a la luz de lo establecido en el artículo 44 constitucional, pero resulta que el poder público guatemalteco está limitado a ejercer sus funciones dentro del marco de la Constitución, por lo que no podría concurrir al perfeccionamiento de un convenio o tratado internacional que la contravenga, en virtud del juramento solemne que los liga para acatarla, y especialmente porque la función del Presidente de la República de celebrar, ratificar y denunciar tratados y convenios está expresamente condicionada a ejercerá de conformidad a la Constitución (Artículos 135 inciso b), 152 párrafo primero, 154 párrafo tercero in fine, 175, 183 incisos a) y o) de la*

Constitución Política) y que podría estar sujeta a control previo de constitucionalidad, como lo establece el artículo 272 inciso e) de la misma”.

En base a ello el Estado guatemalteco ratifica Convenios o Tratados Internacionales, pero los que regulan materia en derechos humanos se encuentran por debajo de la Constitución, ya que de lo contrario existiría un conflicto de leyes al momento de su aplicación, es por ello que al aplicar los derechos de los pueblos indígenas que dentro de la legislación guatemalteca los regula como comunidades indígenas, prevalece la Constitución y no el Convenio 169 de la Organización Internacional del trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes.

Antes de ratificar el Convenio 169 de la Organización del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, el Estado guatemalteco, realizo un análisis para conocer si el Convenio no entraba en conflicto con el derecho interno ni contradijera los derechos establecidos en la Constitución Política de la República de Guatemala, es por ello que se estableció *“El 18 de mayo de 1995, según el expediente 1995, la Corte de Constitucionalidad, que el citado Convenio 169 no contradice en ninguna de sus normas a la Constitución, sino más bien es un instrumento jurídico internacional complementario que refuerza lo dispuesto en los artículos 66, 67, 68 y 69 de la Constitución. En tal sentido, en Guatemala tienen jerarquía de ley a partir de la ratificación por parte del Congreso de la Republica, por medio del Decreto 9-96, por lo tanto, siendo ley en el país es aplicable para la protección y recuperación de las tierras comunales”*.⁶⁴

En la actualidad a pesar de haberse ratificado con frecuencia se siguen cometiendo violaciones a los derechos de los pueblos indígenas y tribales como el despojo a las tierras ancestrales que estos pueblos han poseído, así como la falta de seguridad que otorga el Estado guatemalteco a sus tierras ya que únicamente se reconoce la tenencia de la tierra de naturaleza privada y no la comunal o colectiva que pueden ejercer las comunidades indígenas dentro de su jurisdicción.

⁶⁴ Elias Silvel. *Op. cit.* Página 22.

La Constitución Política de la República de Guatemala, creada por la Asamblea Nacional Constituyente, el 31 de mayo de 1985, en el artículo ciento setenta y cinco, establece *“ninguna ley podrá contrariar las disposiciones de la Constitución. Las leyes que violen o tergiversen los mandatos constitucionales son nulas ipso jure (...)”*. Al referirnos al término Ipso Jure nos referimos al pleno derecho.

En el mismo sentido se manifiesta en la legislación ordinaria; estableciéndose en el artículo tres, de la ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, Decreto número 1-86 del Congreso de la República de Guatemala. La cual regula la supremacía de la Constitución, manifiesta que la *“La Constitución prevalece sobre cualquier ley o tratado. No obstante, en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala prevalecen sobre el derecho interno”*.

Y la ley del Organismo Judicial, Decreto 2-89 del Congreso de la República de Guatemala, regula la supremacía de la Constitución y jerarquía normativa, y establece que *“los tribunales observarán siempre el principio de jerarquía normativa y de supremacía de la Constitución Política de la República, sobre cualquier ley o tratado, salvo los tratados o convenciones sobre derechos humanos, que prevalecen sobre el derecho interno (...)”*.

2.8 Convencionalidad del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes en el Derecho interno guatemalteco

“El termino de convencionalidad proviene de convencional que es lo perteneciente o relativo al convenio o pacto, en materia internacional, es aquella que tiene que aplicarse de acuerdo a los tratados internacionales que ha suscrito el Estado (...), y por ende tiene que ser aplicado en un caso concreto. Es importante no limitarse a la constitución o leyes internas de los Estados sino que verificar los pactos o convenios firmados por el Estado, tener un ejercicio interpretativo, tener competencia y tener un análisis de las interpretaciones y monitorear la obligación de los Estados en el cumplimiento de sus obligaciones. Es indispensable verificar cuales son los derechos consagrados cuando se

*firma un acuerdo, en este caso en materia de derechos humanos, verificar entorno a la interpretación”.*⁶⁵

La convencionalidad surge a partir de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, de fecha veintiséis de septiembre de dos mil seis, en el considerando ciento veinticuatro, en el cual se estimó que *“que la Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional (...), el poder judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos”*, sino también se debe tener en cuenta el tratado internacional ratificado por el país, con el fin de lograr un equilibrio entre el derecho interno guatemalteco y el derecho internacional ratificado por Guatemala.

En el considerando ciento veinticinco del mismo caso se indicó que el *“control de convencionalidad tiene sustento en el principio de la buena fe que opera en el Derecho internacional, en el sentido que los Estados deben cumplir las obligaciones impuestas por ese derecho de buena fe y sin poder invocar para su incumplimiento el derecho interno, regla que se encuentra recogida en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Tratados”*.

*“Desde que un Estado es parte de un tratado tiene la obligación de respetar y aplicar las disposiciones ahí contenidas, pues si esta se aprobó y ratificó de conformidad con las disposiciones constitucionales, el tratado ya es parte de la normativa nacional, es una norma más que debe de ser observada y aplicada, una norma que de conformidad con los procedimientos constitucionales debe ser efectiva. Es una norma que el poder judicial en cualquiera de sus manifestaciones debe conocer, aplicar e interpretar”.*⁶⁶

⁶⁵ Diálogos asociación civil, Cásares García Leonel, *“Control de convencionalidad y principio de progresividad en el pensamiento del Doctor Christian Courtis”*, México;

<http://www.dialogos.org.mx/revistadiologos/op-derecho/control-de-convencionalidad-y-principio-de-progresividad-en-el-pensamiento-del-dr-christian-courtis>, Fecha de consulta 26 de marzo de 2015.

⁶⁶ Castilla Karlos, *“El control de convencionalidad, un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco”*, México, Universidad Autónoma de México, 2010, página 598.

El primer antecedente de la Convencionalidad en Guatemala se da a través de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala, sentencia de fondo, reparaciones y costas, veinticinco de noviembre de dos mil tres, serie c, número ciento uno, a través del voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez, párrafo veintisiete, utilizo por primera vez la expresión de control de convencionalidad manifestando *“No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a estos la representación del Estado, en el juicio -sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto- y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del control de convencionalidad que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional”*. Luego de este fallo continuaron otros en el mismo sentido, utilizándose los términos control de convencionalidad.

Hablar de Convencionalidad del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países Independientes, es hablar de la aplicación de dicho convenio en casos concretos, ya que el Convenio en mención adquiere el carácter de obligatorio y vinculante en el Estado de Guatemala, por lo que se debe aplicar juntamente con el derecho interno guatemalteco, armonizando el derecho constitucional con el derecho internacional, por ende se *“tiene que tomar las medidas necesarias para determinar las tierras que las comunidades indígenas ocupan de forma tradicional y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión. Además tienen que instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para prestar solución a las reivindicaciones de tierras formuladas por las comunidades interesadas”*.⁶⁷ Tal y como lo establece el Convenio 169 de la Organización internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes.

⁶⁷ Saloj Saquich, Walter Filiberto, *“La aplicación del artículo 10 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo como fundamento jurídico para el respeto de la identidad social y cultural en la aplicación de justicia a miembros de los pueblos indígenas”*, Guatemala, julio de 2010, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala. Página 52.

2.9 Problemática actual del Sistema de tenencia de la tierra de tipo comunal en Guatemala a la luz del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes

A lo largo de la historia guatemalteca y en la actualidad “*existen situaciones concretas y hechos constantes que generan distinciones, exclusiones, restricciones y preferencias que afectan a segmentos mayoritarios de la población nacional, esto es, a la población indígena. Estos hechos y situaciones tienen el carácter de realidades, es decir no aparecen consignados en la legislación del país. Sin embargo, a pesar de que los textos legales no establecen normas discriminatorias en contra de la población indígena, en otras palabras, a pesar de que no existe ninguna discriminación de jure en el país, de facto si hay una situación sociopolítica y económica de naturaleza discriminatoria y esto, obviamente, tiene implicaciones en el terreno jurídico. Debido a la discriminación de facto existente en Guatemala, la población indígena ha visto menoscabado el ejercicio -en condiciones de igualdad con relación al resto de la población guatemalteca- de sus derechos humanos y libertades fundamentales. También esta situación sociopolítica y económica ha afectado el goce de ciertos derechos y, en circunstancias concretas, ha llegado hasta anular su ejercicio legal. Esto ocurre de manera muy clara en el caso de las formas comunales de tenencia de la tierra, frecuentes en el medio indígena, y que no obstante carecen de reconocimiento legal en el país. Esto significa, en otros términos, que la inexistencia de normas jurídicas que reconozcan el derecho de las comunidades indígenas a practicar modalidades de tenencia de la tierra de índole comunal las excluye del sistema jurídico nacional. Estamos, por consiguiente, frente a una situación de exclusión jurídica con efectos discriminatorios, por cuanto anula (en el plano legal) este importante derecho cultural de la población indígena*”.⁶⁸

Aunque se reconoce la existencia de comunidades indígenas en Guatemala y se legisla que debe promoverse el derecho a sus costumbres y tradiciones, no se les reconoce en

⁶⁸ Situación de los Derechos Humanos en Guatemala, “*Implicaciones Jurídicas de la Discriminación al Indígena*”, Naciones Unidas, 1982,

http://www.iidh.ed.cr/comunidades/diversidades/docs/div_docpublicaciones/Derecho%20Indigena/Cap.%209.%20Guatemala.pdf. Fecha de consulta 2 de septiembre de 2014. Página 1.

la realidad su derecho comunal con respecto a la tierra, ya que únicamente se reconoce el derecho privado que puede tener personas individuales o entes jurídicos pero no las comunidades como colectividad.

A lo largo de la historia, *“el problema social y económico de Guatemala se deriva de la distribución desigual de la tierra y el deficiente uso que se le da a la misma. La tenencia de la tierra continua siendo el problema fundamental de la situación económico-social de Guatemala precisamente porque la producción agropecuaria es la principal fuente de ingresos para el país y la acumulación de la riqueza en Guatemala proviene de la concentración de la tierra y del despojo del trabajo de los campesinos y campesinas. Mientras hay más riqueza de los terratenientes, los campesinos e indígenas no tienen ni siquiera donde sembrar para su subsistencia y eso se refleja en los altos niveles de pobreza y miseria que se reportan. Siglos después que las prácticas de trabajo forzado de los indígenas fueron abolidas en América latina, los indígenas de Guatemala aún debieron trabajar gratuitamente para construir obras públicas y haciendas privadas, cuyas tierras habían sido previamente despojadas a sus comunidades. Esta realidad constituyó una sociedad donde la discriminación y la pobreza formaron la vida cotidiana de generaciones de indígenas”*.⁶⁹ Colocándolos como grupos vulnerables con el resto de la población.

La *“conflictividad agraria en Guatemala abarca dos mil 983.2 kilómetros de tierras e involucra a más de un millón de personas, de acuerdo con un estudio de la Secretaría de Asuntos Agrarios (SAA), que contabiliza hasta abril último mil 360 disputas por posesión de terrenos. La extensión mencionada representa solo el 2.7 por ciento del territorio nacional, pero los conflictos y protestas a menudo impactan a regiones completas. Las causas son variadas, y van desde argumentos de dos personas que dicen poseer la misma finca hasta el tema de tierras comunales, e incluso pasa por el problema de despojos, en los que las personas tienen su derecho vulnerado. Según el informe de la SAA, la principal causa de esos conflictos —el 68.5 por ciento— es la falta de certeza jurídica de las tierras, ya que dos o más personas o grupos aseguran ser los dueños de*

⁶⁹ Palma Cruz Angel Rodolfo. *Op. cit.* Página ii.

*los terrenos, por herencia o posesión de títulos, entre otras justificaciones. Otra razón es la ocupación de tierras, que constituye el 19.7 por ciento de las pugnas, seguida de la regularización —8.53 por ciento—, que consiste en otorgar espacios a comunidades que prueban herencias ancestrales o que fueron desalojadas durante el conflicto armado interno”.*⁷⁰

*En “cada ciclo de la historia, pierden sus derechos de posesión sobre la tierra ancestral. El estado nacional al servicio de intereses oligárquico- terratenientes, ha perpetuado un modelo cuyo rasgo fundamental es la concentración y exclusión. Este modelo injusto no ha logrado expulsar a la población del campo pese al permanente despojo de su recurso más importante; la tierra”;*⁷¹

*Ya que “la falta de acceso a la tierra, la falta de resolución de demandas agrarias, la falta de respeto a los territorios tradicionales tales como los bosques comunales, los desplazamientos forzados de pueblos indígenas como resultado de proyectos de desarrollo económico, y problemas derivados de la pérdida de sus tierras a raíz del conflicto armado, configuran un panorama de crecientes tensiones sociales”.*⁷²

*Al realizar un análisis de la legislación nacional, “en sentido legal, positivista y de tradición civilista solo existen dos formas de propiedad: a) privada, B) Estatal municipal. Por tanto no se reconoce la propiedad comunal, la cual puede ubicarse en cualquiera de las dos modalidades, siendo entonces una forma especial de propiedad. En ese contexto es propietario toda persona individual o jurídica que tiene posesión, uso y aprovechamiento del activo, acreditándolo con título documentado y debidamente inscrito en el Registro de la Propiedad”.*⁷³

“Los derechos de algunas comunidades sobre las tierras comunales no están formalmente reconocidos, ya que no cuentan con documentos que aseguren su tenencia.

⁷⁰ Díaz Cezeña, Leonel. *Op. cit.* Noticias Nacionales.

⁷¹ Velásquez Helmer. *Op. cit.* Página 1.

⁷² Pop Alvaro. *Op. cit.* Página 25.

⁷³ Licda Vallejo Rivera Eva Carola. *Op. cit.* Página 18.

Esto provoca que se generen conflictos que en muchos casos han significado la pérdida de las tierras para las comunidades y así también el saqueo y mal uso de los recursos naturales. Aun contando con títulos, en muchos casos los derechos no son reconocidos, ni respetados. Hay problemas de medición y no hay claridad en el registro en el tamaño de los terrenos, en parte originado por los antiguos sistemas de medición. Adicionalmente muchas tierras comunales se están fraccionando en parcelas individuales y están siendo vendidas a personas ajenas a la comunidad, atentando contra el manejo integral de los recursos naturales”,⁷⁴ y por consiguiente se ha debilitado la estructura de la comunidad.

En ocasiones “las municipalidades disponen de estas tierras que deberían ser administradas con los vecinos de la municipalidad, pero en ciertos casos no existe una corresponsabilidad en su administración. En algunos casos, las autoridades municipales hacen negocios a espaldas de las comunidades. Entre otros casos, las comunidades no tienen condiciones para administrar tierras y en algunos casos acuden a las instituciones del Estado para conservar las mismas. Esto último no se traduce en una mejor administración, sino en la pérdida de las tierras que luego pasan a ser concedidas a empresas o particulares, o se permiten las ventas individuales de las tierras comunales, desintegrando el ejido comunal de tenencia y administración de la tierra y sus territorios”.⁷⁵

“La actual conflictividad por disputa de tierras entre comunidades indígenas y municipalidades, es derivada de la forma desordenada y arbitraria como se distribuyó la tierra desde el momento mismo de la conquista. Esto significa que aspectos como el uso de distintos sistemas de medida, la ampliación constante de las propiedades, la imprecisión de áreas y linderos y los traspasos sin documentación precaria, se convierten en factores de inseguridad física y jurídica sobre la propiedad, tenencia y uso de la tierra”.⁷⁶

Por lo que “la adjudicación de tierras a los y las campesinas e indígenas desposeídos no es un acto de bondad o una cuestión de conciencia, moral y ética: es la reivindicación de

⁷⁴ Grupo promotor de tierras comunales. *Op. cit.* Página 14.

⁷⁵ Pop Alvaro. *Op. cit.* Página 26.

⁷⁶ Licda Vallejo Rivera Eva Carola. *Op. cit.* Página 87.

un derecho, es la restauración de un acto injusto que se dio en el pasado en el momento que el campesino fue despojado en forma violenta de su tierra”.⁷⁷

Ya que aunque muchas comunidades cuentan con un título que respaldé su derecho de tenencia muchas veces no se reconocen el derecho ancestral que tienen sobre su tierras debido a las políticas de Catastro que se han implementado en Guatemala. También *“El sistema de registro de la propiedad está basado en la rigidez absoluta del principio primero en tiempo, primero en derecho, lo que genera serios obstáculos para que la comunidades indígenas puedan defender legítimamente sus derechos sobre su tierra, particularmente ante la inscripción irregular o lícita de la propiedad, el traslape de registros, el desconocimiento de linderos y la falta de un catastro confiable. En algunos casos los pueblos indígenas poseen las tierras, pero no cuentan con un título registrado, tampoco tienen apoyo legal para realizar los trámites necesarios o se desconocen donde se encuentran registradas estas tierras o no se cuentan con los recursos económicos para pagar el trámite de registro”.⁷⁸*

Para las comunidades indígenas no es necesario el registro de sus tierras en una institución del Estado, si no vale más el trabajo y la relación espiritual que le dedican a las mismas, y debido a la falta de delimitación específica de los territorios indígenas han causado incertidumbre en la certeza jurídica de su territorio, por no conocer con certeza hasta donde abarca geográficamente su derecho comunal. Además muchas de las comunidades indígenas están siendo presionadas social y económicamente para debilitar su relación con sus territorios, ya que muchos grupos que gestionaban sus tierras, estas últimamente han sido fragmentados en posesiones y títulos individuales, provocando que estas tierras sean vendidas a personas ajenas a las comunidades originales; o en algunos casos las comunidades no cuentan con los suficientes recursos o apoyo gubernamental para enfrentar saqueos y extracción ilícita de sus tierras. Y ellos ceden ante la imposibilidad de hacer valer sus derechos.

⁷⁷ Palma Cruz Angel Rodolfo. *Op. cit.* Página i.

⁷⁸ Pop Alvaro. *Op. cit.* Página 26.

“Los indígenas, cuyas tierras por lo general carecen de títulos legales inscritos en el Registro General de la Propiedad, quedaron a merced de personas inescrupulosas que utilizaron ciertos instrumentos de carácter civil para apoderarse de tierras no registradas -pero poseídas por los indígenas- en numerosas partes del país. De esta manera, y dado que el Código Civil de Guatemala (decreto ley núm. 106, septiembre 14, 1963) ignora en la totalidad de sus normas la existencia de "propiedad comunal" o de cualquier otro tipo de propiedad que no sea el de propiedad privada, es interesante mencionar aquí la existencia de un instrumento legal, civil, cuyo objetivo principal es legalizar la posesión de tierras que no están registradas y que hipotéticamente podría haber sido utilizado por los indígenas para adquirir "legalmente" terrenos en propiedad privada. Sin embargo, puesto que el trámite de titulación supletoria requiere de un lento y engorroso proceso en los tribunales, cuyas gestiones deben ser auxiliadas por abogados, y que demanda de los 24 solicitantes la presentación de documentos que justifiquen el origen de la posesión, como planos (elaborados por agrimensores o ingenieros, declaraciones testimoniales, etc., es obvio que los mayores beneficiarios de esta legislación fueron personas de clase media, y por lo general, del medio urbano”,⁷⁹ ya que las personas indígenas por lo general son analfabetas y de clase baja por lo que no tienen la posibilidad económica para realizar estos trámites.

Lo que ha generado que de manera ilícita se registren las tierras y de una forma sencilla se dé *“el registro de fincas no inscritas en el Registro de la Propiedad, el legislador previó la posibilidad de hacerlo luego de poseer el fundo por lo menos, diez años de forma pacífica, pública y de buena fe. Para ello, se debe cumplir con una serie de requisitos, entre los cuales se encuentran la opinión del alcalde del municipio, la elaboración de planos, el testimonio de vecinos y, por supuesto, la resolución judicial. Como en el caso de otros institutos, en Guatemala, se abusó de esta figura; se utilizó para usurpar tierra de comunidades indígenas y campesinas que nunca habían optado por el registro de su tierra, lo cual las hacía vulnerables frente a la rapiña ávida de tierra. Así, de manera legal, se despojó de sus tierra a cientos de miles de campesinos. De este modo, la corrupción*

⁷⁹ Situación de los Derechos Humanos en Guatemala. *Op. cit.* Página 8, 9.

del sistema llevó a la pérdida de una gran cantidad de hectáreas de tierra campesina e indígena; en la mayoría de estas, habitaban, desde hace cientos de años, comunidades indígenas que, de un momento a otro, eran sujetos de tramites de desalojo de sus tierras, pues el propietario había llegado, militares, políticos y abogados corruptos, mediante sobornos, se transformaron en propietarios de grandes fundos. Tal fue el abuso de esta figura, que el mismo estado se vio obligado en suspenso el trámite de este tipo de diligencias hasta que se reformase la ley. Esta reforma, entre otras cuestiones, limitó el tamaño de las propiedades que pudiesen ser objeto de esta forma de registro, estableció el tamaño máximo registrable por esta vía en 45 hectáreas, y sometió el procedimiento única y estrictamente a los jueces de Primera instancia”.⁸⁰

En base a todo lo presentado se expone que “*el campesino guatemalteco, concretamente el indígena, no tiene un concepto abstracto de la propiedad, el concepto abstracto propio del liberalismo, que no requiere de la posesión y mucho menos el trabajo directo. El campesino indígena entiende la propiedad de la tierra en función de su trabajo personal para hacerla producir: concepto eminentemente dinámico que involucra la capacidad productiva del objeto y la capacidad del trabajo del hombre, hombre y tierra unidos en un mismo esfuerzo. La costumbre ancestral del indígena es la propiedad comunal de la tierra y la distribución de la misma, para su uso, a los miembros de la comunidad. Nuestra legislación agraria pretende destruir ese concepto, dando tierra en forma parcelada. El campesino sin tierra la acepta en esa forma, puesto que su necesidad está por encima de su libre determinación de acogerse a otro tipo de propiedad*”.⁸¹

Es por ello que debemos dialogar y resolver los conflictos generados por la tierra, realizando una medición de las tierras comunales, para poder analizar los aspectos legales de las tierras de las comunidades indígenas, a través del uso de estrategias jurídicas para la defensa de los territorios indígenas frente al despojo de las mismas, poniéndole fin a esta problemática a través de la solución del catastro y registro de las

⁸⁰ Velásquez Helmer. *Op. cit.* Página 19, 20.

⁸¹ Situación de los Derechos Humanos en Guatemala. *Op. cit.* Página 20.

tierras comunales, reconociendo el derecho pleno de propiedad colectiva, asegurando su registro y adoptando medidas para que no se repitan estas violaciones.

El marco jurídico vigente de Guatemala, debe asegurar y estabilizar la tenencia de tipo comunal, a través del reconocimiento legal del título de propiedad con el que cuentan, garantizando la inalienabilidad e inembargabilidad de las tierras comunales, ya que *“si se le otorga certeza jurídica a las tierras de comunidades indígenas, se contribuye a garantizar la preservación de los sistemas de tenencia y administración propios de las comunidades indígenas. En el sentido de que los pueblos indígenas rinden un culto muy especial a la tierra, por lo cual la agricultura es mucho más que una actividad económica, se trata de una relación profunda, íntima con la tierra y con el resto de elementos. Existe una profunda espiritualidad ligada a la tierra y a la naturaleza, la cual es difícil comprender desde la cultura occidental, en el que la tierra es un bien económico, generador de ganancias. Se ha demostrado en estudios, que las poblaciones indígenas, no reconocen el concepto de propiedad privada, sino que por el contrario ésta siempre ha estado ligada a un enfoque de trabajo comunal. Según esa percepción, la tierra es fuente de todas las manifestaciones de vida. Por ello, la inseguridad jurídica sobre su tenencia, implica la pérdida no sólo de un espacio físico, sino la ruptura de la identidad, que se encuentra ligada a un espacio sagrado al que se pertenece, del cual se nace y al que habrá que regresar para dar vida renovada”*.⁸²

Debido a *“la evolución del derecho internacional y los cambios sobrevenidos en la situación en los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo, hacen aconsejable la adopción de nuevas normas internacionales en la materia, con el fin de eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas ya reguladas. Son fundamentales las aspiraciones de las comunidades indígenas de asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida, y de su desarrollo económico, de mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones dentro del marco del Estado guatemalteco. Actualmente las comunidades indígenas no gozan plenamente de los derechos fundamentales de las comunidades indígenas y tribales, así como tampoco son*

⁸² Licda Vallejo Rivera Eva Carola. *Op. cit.* Página 23.

respetados sus valores, costumbres y perspectivas".⁸³ Por considerárseles como un grupo minoritario dentro del país.

Por ello Guatemala en búsqueda de la evolución de su derecho interno, en materia que regula los derechos de las comunidades indígenas, emprende el fortalecimiento de este marco jurídico interno, amparándose de las organizaciones internacionales que velan por la protección de los derechos de las comunidades indígenas a nivel internacional.

Entre las cuales encontramos, que *"Guatemala es miembro de la Organización de los Estados Americanos -OEA- y de la organización de las Naciones Unidas –ONU-, y todos los países miembros de estas organizaciones a nivel mundial adquieren derechos, así también adquieren ciertas obligaciones, por lo que consecuentemente estaba obligado a firmar y ratificar los convenios que estas Organizaciones que ha establecido para la defensa de sus habitantes en desventaja, de esa cuenta el gobierno del Estado firma y ratifica dicho convenio. Tal como lo regula el anexo 14 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, que describe: La Conferencia Internacional del Trabajo, realizo distintos estudios sobre los pueblos indígenas desde 1921, quienes observaron que en muchas partes del mundo estos pueblos no gozan de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población, reconociendo sus aspiraciones a asumir el control de sus propias instituciones, de su forma de vida y de su desarrollo económico y como respuesta a esta situación aprueban el Convenio"*.⁸⁴

Al formar parte Guatemala de la Organización Internacional del Trabajo, la cual vela por los derechos de las minorías, que con frecuencia no son reconocidos por los Estados, y al haber adquirido la obligación de firmar y ratificar, los convenios que esta organización establezca, fue que Guatemala ratifico el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, el cual en materia de Derechos humanos *"constituye el instrumento jurídico internacional, mediante el cual la ONU, a través de su organismo especializado Organización Internacional del*

⁸³ Saloj Saquich, Walter Filiberto. *Op. cit.* Página 45.

⁸⁴ Hernández Méndez, Olga. *Op. cit.* Página 17.

Trabajo OIT y en el marco de su competencia reitera los principios de la Carta y demás tratados, Convenios y Declaraciones, que en materia de derechos humanos y libertades fundamentales ha adoptado la Comunidad Internacional para reafirmar, fomentar y extender el goce efectivo de esos derechos a los pueblos indígenas y tribales en los países independientes que, a la vez, forman parte de la población en general de los Estados miembros de la Organización de Naciones Unidas".⁸⁵ Y así fomentar el respeto a la cultura y forma de vida de estas poblaciones, que por representar una minoría de los Estados, muchas veces se les vulnera sus derechos, sufriendo de vejámenes.

El Convenio 169 de la OIT fue creado por la Organización Internacional del trabajo, mediante resolución adoptada el veintisiete de junio de mil novecientos ochenta y nueve, en su asamblea numero setenta, entrando en vigor en el derecho internacional el cinco de septiembre de mil novecientos noventa y uno; fue aprobado por el Congreso de la República de Guatemala el cinco de marzo de mil novecientos noventa y seis, y se publicó en el diario oficial el veintiocho de marzo de mil novecientos noventa y seis, ratificándose el diez de abril de mil novecientos noventa y seis, se realizó el depósito en Ginebra el cinco de junio de mil novecientos noventa y seis, por lo que entra en vigencia en Guatemala el veinticinco de junio de mil novecientos noventa y siete, al entrar en vigencia se convierte en "*el instrumento jurídico internacional vigente más avanzado en materia de derechos fundamentales de los pueblos indígenas y, al mismo tiempo, constituye la norma mínima en el seno de las Naciones Unidas y Sistema Interamericano*".⁸⁶ Considerándosele como el referente jurídico para lograr reivindicaciones y cambios en las legislaciones de los Estados miembros.

"Este es uno de los convenios de alto valor para los pueblos indígenas, que Guatemala ha firmado y ratificado, tomando como norma que coadyuve al fortalecimiento de las normativas internas en materia de pueblos indígenas, por considerarlo como norma

⁸⁵ Garrido Colón, Carlos Ernesto, "*Una aproximación al estudio del derecho consuetudinario y la mediación como método alternativo de resolución de conflictos*", Guatemala, julio de 2004, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Rafael Landívar. Página 16.

⁸⁶ Ordoñez Mazariegos, Carlos Salvador, "*La aplicación del Convenio 169 de la OIT en Guatemala. Tres casos de estudio en el municipio de Totonicapán*", cuaderno de estudio 75, Guatemala, Instituto de Investigaciones Jurídicas, agosto 2006. Página 1.

*constitucional. Para definir el término de convenio, Carlos Larios Ochaíta, en su libro Derecho Internacional Público, lo define como: un acuerdo escrito entre dos o más estados que establecen normas de conducta, de cooperación, de política. Es claro que cuando dos o más estados suscriben un convenio, automáticamente se obliga a tomarlo como ley propia, constituyéndose como norma obligatoria y vinculante para todos los Estados partes”.*⁸⁷

El convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes es “*el fruto del esfuerzo de muchas delegaciones representantes de diversos Estados, así como de los cuerpos de asesores de estas, en conjunción con importantes dictámenes emitidos por órganos asesores de las Naciones Unidas y de sus organismos especializados. Es, a la fecha, el más completo instrumento internacional, vinculante para los Estados que lo han ratificado, en relación con el reconocimiento internacional de los derechos de los pueblos indígenas, El antecedente más inmediato lo constituye el Convenio 107 de la OIT sobre poblaciones indígenas y tribales, del 5 de julio de 1957, que acorde con su época, mantiene un tono paternalicio hacia las poblaciones indígenas al preconizar la teoría, ya superada, de la integración social de dichos pueblos; es decir, la asimilación o incorporación de las culturas de estos a los patrones occidentales, en tanto que mediante el Convenio 169 se promueve el respeto a la individualidad de estos pueblos, sus costumbres y tradiciones, pero estableciendo el goce y ejercicio de los mismos derechos que posee el resto de la población*”.⁸⁸ Otorgando una igualdad de derechos entre las personas de los pueblos indígenas, basado en el respeto de su cultura y cosmovisión; fomentando así la igualdad de los miembros de estos pueblos con los que no forman parte de los mismos.

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes ha fortalecido los derechos sobre la tierra que tienen las comunidades indígenas en Guatemala, como es el caso de lo “*8 caseríos que se ubican en la Sierra Santa Cruz del municipio del Estor, Izabal, fueron nombradas por la*

⁸⁷ Hernández Méndez, Olga, *Op. cit.* Página 16.

⁸⁸ Rohrmoser Valdeavellano Rodolfo, *Op. cit.* página 779.

*comuna Comunidades Indígenas Ancestrales Q'eqchis. Con este nombramiento dichas comunidades fortalecieron sus derechos plasmados en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y en el código municipal. (...). Cabe resaltar que el nombramiento de las comunidades indígenas es el resultado de una marcha y concentración realizada en julio del presente año, parte del proceso de recuperación de 246 caballerías de tierra que personas particulares y sociedades anónimas le han usurpado al Estado y por ende a las comunidades que por décadas han vivido y producido en esas tierras. Hermelindo Cux, dirigente nacional del Comité de Unidad Campesina – CUC- dijo que la comuna y el Gobierno deben atender las demandas de estas Comunidades Indígenas que padecen de muchos problemas sociales y que para acceder a los servicios públicos deben recorrer a pie por veredas y quebradas durante cinco horas. Además de eso empresarios en complicidad con funcionarios de gobierno se apropiaron de sus tierras, misma que ahora se encuentran hipotecadas, reitero”.*⁸⁹

El Convenio fue dirigido a los pueblos indígenas y tribales, por formar parte de los grupos vulnerables por los que vela la Organización Internacional del Trabajo, en Guatemala la ratificación del Convenio 169 de la Organización del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, representó “una verdadera batalla legal entre los sectores más conservadores de la burguesía nacional, el ejército y los partidos políticos, por un lado, y las organizaciones mayas, la sociedad civil y la creciente presión internacional, por el otro, durante el crucial año de la firma de los Acuerdos de Paz. El Convenio 169 de la OIT fue aprobado por el Gobierno de la República de Guatemala mediante el Decreto 9-96, el 5 de marzo de 1996, y ratificado por la OIT, el 5 de junio del mismo año, después de un largo y sinuoso proceso legislativo en el Congreso de la Republica. Sin lugar a dudas la ratificación del Convenio 169 de la OIT por el gobierno de Guatemala constituyo un importante avance legislativo y de empoderamiento jurídico-político del pueblo maya en Guatemala, por varias razones: a) Derechos territoriales: El convenio 169 de la introduce el concepto territorio, reconociendo la relación especial que

⁸⁹ CUC, Comité de unidad campesina, noticias, “De caseríos a Comunidades Indígenas Ancestrales Q'eqchis”, Guatemala, 23 de agosto de 2012. <http://www.cuc.org.gt>. Fecha de consulta 14 de octubre de 2014.

*establece los pueblos indígenas con la tierra. El convenio 169 fortalece de esta manera los derechos de los pueblos indígenas sobre su medio ambiente y recursos naturales y el derecho a retomar a sus tierras ancestrales”.*⁹⁰

Ya que los pueblos indígenas que habitan en Guatemala, guardan una estrecha relación de espiritualidad con la tierra, por ser el elemento que han utilizado de generación en generación para vivir, es por ello que su conocimiento, tradiciones e historia se vinculan con la tierra, ya que tiene un carácter sagrado y un significado espiritual.

*“La ratificación de un convenio o tratado internacional es un acto soberano y voluntario de un Estado. Al firmar un documento jurídico internacional el gobierno acepta obligarse a cumplir su contenido. La ratificación de un convenio de la OIT es el comienzo de un proceso de diálogo y cooperación entre el gobierno y la OIT. Su propósito es trabajar juntos para garantizar que la legislación y la práctica naciones concuerden con las disposiciones del convenio. Los convenios de la OIT, a diferencia de otros tratados internacionales, no pueden ratificarse con reservas. Se ha de aceptar en su totalidad. Por lo tanto es importante que gobiernos, trabajadores y empleadores, así como los pueblos indígenas y tribales, conozcan perfectamente todas las disposiciones del convenio”.*⁹¹

El cual está inspirado en todos los derechos que deben tener los pueblos indígenas y tribales, con el fin de mejorar las condiciones de vida de estos pueblos, basado en los principios de igualdad y respeto a su cultura para que se siga manteniendo estos pueblos en las diferentes partes del mundo, ya que representan las diferentes culturas ancestrales que lo habitan.

El proceso para ratificar un Convenio de la Organización del Trabajo inicia cuando *“el gobierno envía una carta a la OIT informándola de sus decisión de ratificar el convenio y de cumplirlo. Registro formal: cuando la OIT recibe dicha carta, registra la ratificación e informa a los demás Estados miembros. Un año después de haber recibido la OIT la noticia de la ratificación, el Convenio entra en vigor en el país interesado, es decir que su cumplimiento es obligatorio. Un año después del registro: el gobierno debe enviar su primera memoria sobre la aplicación del convenio de la OIT. El periodo de un año se ha*

⁹⁰ Ordoñez Mazariegos, Carlos Salvador. *Op. cit.* Páginas 2, 3, 4.

⁹¹ Organización Internacional del Trabajo. *Op. cit.* Página 70.

*fijado para dar tiempo al gobierno de asegurarse que la legislación y la práctica de su país se ajusten a lo dispuesto por el convenio. Posteriormente, las memorias o informes sobre el Convenio núm. 169 se deben cada cinco años. Si bien este es el periodo normal de presentación de memorias para este Convenio, si se da una situación cuya gravedad exige seguirla más de cerca, se pedirán informaciones con mayor frecuencia”.*⁹²

Entre los derechos que les reconoce a los pueblos indígenas y tribales el Convenio 169 de la OIT, se encuentra el de la tierra, es por ello que al analizar dentro de la legislación Guatemalteca este recurso, el cual forma parte de la espiritualidad maya, heredado a través de los años en las comunidades indígenas guatemaltecas, que tiene naturaleza colectiva; encontramos que la Constitución Política de la República de Guatemala, creada por la Asamblea Nacional Constituyente, el 31 de mayo de 1985, no utiliza el termino pueblos sino el de comunidades, reconociéndoles el derecho que las comunidades tienen sobre sus tierras, ya que lo reconoce de una forma embrionaria.

*“Es importante resaltar que el Convenio 169 da un paso adelante al reconocerlo en forma expresa, en relación con las tierras que tradicionalmente ocupan, así como, el derecho de estos pueblos a no ser tratados o reubicados sin su consentimiento y a regresar a sus tierras tradicionales en cuanto dejen de existir las causas que motivaron el traslado o la reubicación con la advertencia de que, si el retorno no fuera posible, deberá compensárseles en los términos contemplados en el convenio. Hay que lamentar que en Guatemala el gobierno haya dispuesto innumerables traslados o reubicaciones de pueblos indígenas en abierta violación a los derechos que reconoce el convenio”.*⁹³

Los sucesos violatorios en Guatemala, contradicen los principio del Convenio 169 de la OIT, el relator Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas opina que debido a *“el alto grado de conflictividad social existente en Guatemala en torno a la aprobación e implementación de proyectos en territorios indígenas no sería explicable sin atender a la cuestión clave de los derechos sobre sus tierras y territorios. Sobre esta cuestión el Relator Especial observa, con especial preocupación, que el actual marco jurídico e institucional Guatemalteco relativo a los*

⁹² *Ibid.* Página 71.

⁹³ Rohmoser Valdeavellano Rodolfo. *Op. cit.* Página 787.

*derechos de los pueblos indígenas sobre tierras, territorios y recursos naturales dista todavía mucho de estos estándares internacionales y de los avances logrados en el ámbito latinoamericano. Las cuestiones de las tierras indígenas fue ampliamente considerada por el anterior Relator Especial en el informe de su visita oficial a Guatemala en 2002, que puso de manifiesto el proceso de minifundización de las tierras indígenas, en gran medida debido a las tres décadas de conflicto armado, que produjo desplazamientos y reasentamientos de población indígena y a la apropiación indebida de tierras comunales y fiscales en varias regiones del país. Esta situación se ha visto agravada por el Anterior Relator describió como una situación de alta inseguridad jurídica provocada por la insuficiencia y la ineficacia de las leyes y las instituciones encargadas de la titulación de la tenencia, el registro de propiedades y el catastro agrícola, lo cual ha generado (...) numerosos conflictos agrarios. Como han puesto de manifiesto otros mecanismos internacionales, como la Comisión de Expertos de la OIT, el comité sobre la Eliminación de Discriminación Racial, o la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, esta situación no ha mejorado notablemente desde entonces”.*⁹⁴

*“Muchos pueblos indígenas y tribales guardan una relación especial con la tierra. Es en ella que viven y han vivido por generaciones. Con frecuencia sus conocimientos tradicionales y sus historias orales se relacionan con la tierra, que puede tener carácter sagrado o profundo significado espiritual. El concepto de tierra suele abarcar todo el territorio que utilizan, comprendidos bosques, ríos, montañas, mares y tanto su superficie como el subsuelo. La tierra tiene importancia fundamental para la cultura y la vida de muchos de estos pueblos. Es la base de su subsistencia económica, de su bienestar espiritual y de su identidad cultural. Por tales motivos, la pérdida de tierras ancestrales amenaza su supervivencia misma en cuanto comunidades y como pueblo”.*⁹⁵ Es por ello que se debe reforzar la certeza jurídica de las comunidades indígenas en Guatemala, para que ya no se le continúen violando sus derechos con respecto a su territorio que representa el resultado de su trabajo.

⁹⁴ Anaya James, Oficina del Alto Comisionado, “Informe del relator especial de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas”, James Anaya, Guatemala, Naciones Unidas, Derechos Humanos, 2010. Páginas 15, 16.

⁹⁵ Organización Internacional del Trabajo. *Op. cit.* Página 29.

*“Para los pueblos indígenas la tenencia, protección, conservación de la tierra, territorio y recursos es fundamental y necesaria, no solo para el desarrollo de su modo de producción y formas de vida, sino para la supervivencia y la reproducción cultural, de la cosmovisión e historia como pueblo o como nación milenaria. Por ello Kempt sostiene que el derecho a la tierra y los recursos es el más prolífico de toda la Declaración. Además expresa el carácter innovador en el derecho internacional y pero que su carácter contencioso quedó intacta. La declaración reconoce la existencia de sistemas tradicionales de posesión sin llegar a explicar el contenido de los sistemas tradicionales (propiedad o uso colectivo, cooperativo, familiar, individual); reconoce que los pueblos indígenas han perdido sus tierras, territorios y recursos por haber sido colonizados, ocupados, nacionalizados y por privatización o apropiación”.*⁹⁶

Lastimosamente en la actualidad, continua esa perdida, debido autoridades inescrupulosas que han despojado de sus tierras a las comunidades para otorgárselas a terratenientes, ya que tanto en el pasado como en la actualidad, se ha manejado la idea que la tierra en manos de terratenientes, produciría mayores ganancias, pero la calidad no es la misma ya que las comunidades guatemaltecas le imprimen a las tierras más que solamente su trabajo.

Lo que ha perjudicado mayormente la tenencia de la tierra de tipo comunal en Guatemala son *“las políticas auspiciadas por los sucesivos gobiernos guatemaltecos, en particular tras la firma de los Acuerdos de Paz, se han enfocado en la promoción de compra y arrendamiento de tierras a través del Fondo de Tierras (FONTIERRA) y de la resolución de conflictos agrarios (Comisión presidencial para la resolución de Conflictos de Tierras (CONTIERRA). Esta política se ha promovido mediante la titulación individual de las tierras que fueron mantenidas tradicionalmente de forma colectiva por los pueblos indígenas, en abierta contradicción con las normas internacionales en esa materia. Asimismo, como ha señalado el Comité para la Eliminación de Discriminación Racial, no se reconoce en la legislación interna las formas tradicionales de tenencia y posesión de la tierra, ni se toman las medidas administrativas necesarias para garantizar estas formas de tenencia. Las derivaciones de deficiencias en el régimen de tierras indígenas*

⁹⁶ Guamán Gualli, Julián, *Op. cit.* Página 13.

*guatemalteco son particularmente graves en el contexto de los proyectos extractivos u otro tipo de proyectos y colocan a las comunidades afectas en situación especial de vulnerabilidad. La atomización de la propiedad comunal en pequeñas propiedades individuales, unida a la práctica inexistencia de garantías específicas que protejan a las tierras indígenas de su enajenación, ha abierto la posibilidad de que las empresas negocien directamente con propietarios individuales la adquisición de sus tierras en condiciones de vendedor voluntario-comprador voluntario. Estos procesos de compra, sin la supervisión directa del Estado, han abierto la puerta a todo tipo de abusos y han conducido a la pérdida neta de tierras indígenas, agravando así la desintegración de los territorios indígenas”.*⁹⁷

Ya que sus normas culturales se basan en un Derecho Consuetudinario el cual “*existe y ha existido siempre. Lo que ha variado y sigue variando es el reconocimiento o valor que el derecho positivo le atribuya. En algunas legislaciones la costumbre jurídica es una importante fuente del derecho; en otras se le reconoce solo un valor secundario, pues la fuente reina es la ley misma; y en otros, no se le reconoce prácticamente ningún valor. En el caso específico de América Latina, el derecho positivo ha desconocido el derecho consuetudinario, o bien le ha conferido un reconocimiento bastante limitado que prácticamente lo hace inoperativo*”.⁹⁸ Lo que no ha permitido que se reconozcan las normas consuetudinarias de los pueblos indígenas.

Debido que “*muchos pueblos indígenas y tribales tienen sus propias costumbres y prácticas, que forman su derecho consuetudinario. Su evolución a través del tiempo ha contribuido a mantener una sociedad armoniosa. Para aplicar esas costumbres y prácticas, los pueblos mencionados suelen tener sus propias estructuras institucionales, como organismos o consejos judiciales y administrativos, cuyas reglas y normas aseguran el cumplimiento de este derecho consuetudinario. Con frecuencia se sancionaran las infracciones, cada una de las cuales suelen tener un castigo específico, El Convenio reconoce el derecho de estos pueblos a tener sus costumbres propias y su*

⁹⁷ Anaya James. *Op. cit.* Página 16.

⁹⁸ Papadópolo Midori. *Op. cit.* Página 55.

derecho consuetudinario. Establece que al aplicar las leyes nacionales, se tomaran en consideraciones esas costumbres y normas consuetudinarias particulares".⁹⁹

"El derecho consuetudinario, costumbre jurídica, derecho alternativo, etc. Es un conjunto de normas legales de tipo tradicional, no escrita no codificadas, distinto del derecho positivo o vigente de un país determinado; señalándose que la diferencia fundamental entre el derecho positivo y el derecho consuetudinario radica en que el primero está vinculado al poder del estado, por ser creado por el Estado, a través del órgano correspondiente, es decir el Congreso, mediante un procedimiento específico y formal previamente establecido y plasmado en forma escrita en un documento denominado ley; mientras que el derecho consuetudinario es propio de sociedades que carecen de Estado, o simplemente opera sin referencia al Estado".¹⁰⁰

El cual no se encuentra plasmado en ningún documento físico como es el caso de la legislación positiva, sino únicamente son prácticas reiteradas que realizan los integrantes de una comunidad o pueblo indígena, al cual le han dado el carácter de ley entre sus miembros; es por ello que se le considera como el derecho de *"costumbre, es decir el orden jurídico que se integra por virtud de la repetición constante en el tiempo y en el espacio de determinadas prácticas, con la convicción de que se está actuando en el cumplimiento de una obligación legal. Por tal motivo para que se configure una costumbre, la jurisprudencia y la doctrina son unánimes en exigir la concurrencia de dos elementos: un objetivo, integrado por la repetición de una misma conducta en forma inveterada (inveterad consuetudo), y otro subjetivo), consistente en la convicción de que se está actuando jurídicamente, en concreto, por obligaciones (opinio juri). El convenio 169 establece que debe tomarse en consideración el derecho consuetudinario de los pueblos a conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos"*.¹⁰¹ Ya que este Derecho Consuetudinario o no escrito, forma parte de la estructura del pueblo.

⁹⁹ Organización Internacional del Trabajo. *Op. cit.* Página 26.

¹⁰⁰ Papadópolo Midori. *Op. cit.* Página 55.

¹⁰¹ Rohrmoser Valdeavellano Rodolfo. *Op. cit.* Página 785.

No obstante a pesar de lo establecido por el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, con respecto al reconocimiento del Derecho Consuetudinario de los pueblos indígenas en los estados partes; *“a los miembros de los pueblos indígenas se les aplica el derecho positivo invocando el principio de la desigualdad jurídica de todos los ciudadanos ante la ley sin distinción por motivo de raza, sexo, religión, etc. Principio que si bien ha servido para proteger los derechos de la mayoría de personas no indígenas, a los indígenas, por el contrario, los ha colocado en una situación de indefensión”*.¹⁰² El cual para ellos no existen, ya que únicamente reconocen la propiedad de naturaleza colectiva, formada por todos los miembros de la comunidad, que han poseído a lo largo del tiempo sin necesidad que se les reconozca su posesión propiedad en un registro formal, ya que únicamente reconocen la tenencia de la tierra de tipo comunal.

Para estos pueblos *“el derecho a la tierra no se refiere únicamente al acceso como medio de producción, sino que comprende también la tierra como espacio vital, que las comunidades indígenas requieren para la reproducción de su cultura, en tanto la tierra como factor fundamental para su cosmovisión”*.¹⁰³ Debido a que para ellos, *“el territorio significa la totalidad del hábitat, incluye tierra, agua, espacio aéreo, medio ambiente, lagunas, lugares y centros ceremoniales. Pero el derecho al territorio de los pueblos indígenas según los Estados no significa territorio nacional en conjunto o soberanía nacional. El artículo 14 del Convenio establece los términos de propiedad y posesión, pero estos no son solo que conceptos occidentales son o que es casi impropio que se imponga este concepto en los pueblos indígenas que conciben la tierra como madre”*.¹⁰⁴

Es por ello que el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, establece la obligación por parte de los Estados miembros de respetar las formas de administración, la transmisión de los derechos sobre las tierras, la consulta sobre las decisiones en relación a las mismas y la de dar asesoría para impedir que

¹⁰² Papadópolo Midori. *Op. cit.* Página 56.

¹⁰³ Ordoñez Cifuentes. *Op. cit.* Página 8.

¹⁰⁴ Guamán Gualli, Julián. *Op. cit.* Página 14.

terceros se aprovechen de las costumbres o de un eventual desconocimiento de las leyes por parte de las comunidades indígenas.

Y que se le debe otorgar validez y seguridad jurídica a la tenencia, posesión y propiedad de las tierras por parte de las comunidades indígenas. Ya que si esta no es reconocida, existe la amenaza de perder las tierras ancestrales, que sirven como medio de sobrevivencia de las comunidades indígenas, lo que daría como resultado la pérdida de su identidad. Ya que *"contiene garantías amplias del derecho a la tierra de los pueblos indígenas, las que se extienden a las tierras que dichos pueblos han ocupado tradicionalmente y también las que ocupan o utilizan en la actualidad"*.¹⁰⁵

"El convenio reconoce un derecho amplio de los pueblos indígenas a las tierras y a los recursos que tradicionalmente ocupan y utilizan. El convenio otorga importancia a concepto de territorios, lo que cubre el total del hábitat de las regiones que los pueblos indígenas ocupan. El reconocimiento del derecho a las tierras se fundamenta en la ocupación tradicional, que comprende la tierra donde los pueblos indígenas vivieron a lo largo del tiempo y que desean transmitir a las generaciones futuras. Por ende. El Convenio incluye una serie de salvaguardas para prevenir el desplazamiento de los pueblos indígenas de sus tierras. El Convenio establece como principio general que los pueblos indígenas no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan. Cuando excepcionalmente el traslado resulte inevitable, debe sólo constituir una medida excepcional. La reubicación excepcional sólo deberá efectuarse con el consentimiento previo de los pueblos indígenas, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando el consentimiento no se puede obtener, la reubicación deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados, en los cuales los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados. Además, los pueblos indígenas tienen el derecho de regresar a sus tierras tradicionales siempre que sea posible. En los casos en los que el retorno no es posible, los pueblos indígenas tienen derecho a recibir tierras cuya calidad y estatuto jurídico sean iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente".¹⁰⁶

¹⁰⁵ Licda Vallejo Rivera Eva Carola. *Op. cit.* Página 19.

¹⁰⁶ Organización internacional del trabajo, *Op. cit.* Página 21.

El Convenio distingue dos formas de ocupación tradicional de la tierra, con consecuencias jurídicas diversas, entre ellas encontramos que los pueblos indígenas ejercen en exclusiva el derecho sobre su territorio, obligando a los Estados a reconocer su derecho de propiedad y por otro lado encontramos cuando esos derechos se encuentran compartidos, no obstante se les permite desarrollar sus actividades tradicionales y de subsistencia, lo que obliga a los Estados a reconocerles sus derechos de utilizar las tierras.

*“Hay que lamentar que en Guatemala el gobierno haya dispuesto innumerables traslados o reubicaciones de los pueblos indígenas en abierta violación a los derechos que reconoce el Convenio”.*¹⁰⁷ Sin embargo el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, representa uno de los pilares para restituir las tierras comunales o compensarles sus derechos a los pueblos indígenas, así como para determinar el carácter inalienable, imprescriptible e irrenunciable de las tierras comunales, tanto las registradas legalmente como aquellas que tradicionalmente ocupan, las que tienen vocación comunal y las que han tenido tradicionalmente acceso para su sobrevivencia.

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, creado por la Organización Internacional del Trabajo, 27 de junio de 1989, en su artículo catorce establece que se *“deberá reconocer a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberá tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión”*. Indicando así también en el mismo artículo *“que deberá de instituirse*

¹⁰⁷ Rohrmoser Valdeavellano Rodolfo. *Op. cit.* Página 787.

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

*Según “la experiencia de la OIT con los pueblos indígenas y tribales demuestra que cuando las tierras indígenas de tenencia común se dividen y asignan a particulares o terceros, el ejercicio de los derechos de las comunidades indígenas tiende a debilitarse y, por lo general, acaban perdiendo todas las tierras o gran parte de ellas con la consiguiente reducción general de los recursos de que disponen los pueblos indígenas cuando conservan sus tierras en comunidad. A fin de proteger de manera eficaz los derechos de los pueblos indígenas sobre las tierras, los gobiernos deben establecer procedimientos para la identificación de las tierras de los pueblos indígenas y medidas para proteger sus derechos de propiedad y posesión. Estos procedimientos pueden adoptar diversas formas, y en algunos casos, incluir medidas como la demarcación y otorgamiento de títulos, y en otros, puede llegar al reconocimiento de acuerdos de autogobierno o regímenes de coadministración”.*¹⁰⁸

Con el fin de seguir manteniendo la identidad de los pueblos indígenas y tribales, los cuales representan un ejemplo de organización basada en la colaboración de todos sus miembros, que nos han demostrado que a través de su trabajo, han generado varios sistemas de sobrevivencia, sin dañar el medio ambiente, como hacen hoy en día muchos terratenientes. Ya aunque estos pueblos por lo general sean marginados, por ser de económicamente desfavorables, su sistema de organización y cultura los han mantenido a lo largo de la historia, ya que muchos de ellos subsisten desde el tiempo de la Colonia en Guatemala, por lo que el Estado les debe reconocer su derecho de tenencia ancestral, ya que para ellos su tierra representa más que un espacio donde habitar representa una relación de espiritualidad, que desean seguir heredándose dentro de su comunidad; para que su identidad se siga manteniendo.

¹⁰⁸ Organización internacional del trabajo. *Op. cit.* Página 55.

Capítulo III

Presentación análisis y discusión de resultados

Los pueblos indígenas de Guatemala, brindan un aporte cultural y económico al país, a través de recursos básicos que proveen al resto de la población guatemalteca, un ejemplo de ello son los bienes y servicios naturales que extraen del medio ambiente, como la leña; además poseen conocimientos ancestrales, que contribuyen a conservar la diversidad biológica y los recursos naturales, ya que Guatemala alberga en su interior diversidad de especies, por lo que los pueblos indígenas aportan al país por medio de sus conocimientos y prácticas ancestrales; un ejemplo de ello es el uso de plantas medicinales que ha servido para evolucionar la medicina y la práctica milenaria del maíz, el cual ha evolucionado desde los mayas hasta el punto de ser comestible.

El Consejo Nacional de Áreas Protegidas (CONAP), en coordinación con los pueblos indígenas de Guatemala, han creado la política de tierras comunales, convenios de conservación del medio ambiente, y el programa de recursos incentivos de conservación, con el fin de lograr un desarrollo sostenible de los recursos naturales en Guatemala, por ejemplo en el departamento de Petén se otorgaron concesiones de protección y aprovechamiento dentro de las áreas protegidas con el fin que ya no se continuara deforestando en esa área. Por lo que se considera necesario capacitar y educar tanto a los campesinos que forman parte de una comunidad indígena, como a la población en general, para que se respete las áreas protegidas, debidamente delimitadas dentro del territorio nacional guatemalteco, con el fin que ya no se continúe depredando los recursos naturales no renovables en forma indiscriminada.

A pesar este esfuerzo, algunos miembros de comunidades indígenas, de bajo recursos, por su necesidad de subsistencia han llegado a perjudicar y hasta destruir la vitalidad de los ecosistemas naturales, un ejemplo de ello es el departamento de Totonicapán.

Las comunidades indígenas, representan recurso humano, que puede colaborar a la conservación y recuperación de los ecosistemas naturales y de esta forma influenciar positivamente en la ecología de Guatemala, protegiendo y reforzando los recursos naturales, siempre y cuando se mantenga un enfoque equilibrado del aprovechamiento de los recursos, debido a que Guatemala posee recursos naturales renovables y no renovables, dentro de los segundos encontramos en el país una diversidad de veintiún

minerales dentro de los cuales se puede mencionar el mármol, nique, oro y petróleo, etc. A los cuales se les está dando un aprovechamiento desmedido y un mal manejo, por consumirse estos en forma indiscriminada, tal y como lo hacen las hidroeléctricas y las explotaciones mineras; por lo que es necesaria e importante la educación ambiental. Es por ello que el Estado de Guatemala debe concientizar a la población guatemalteca y aplicar eficazmente las leyes existentes apoyándose de instituciones como el INAB y el CONAP, con el fin que ya no se continúe depredando estos recursos de forma indiscriminada.

En base a lo anterior se llega a la conclusión, que las comunidades indígenas de Guatemala son de vital importancia para el desarrollo del país, y representan la cultura del mismo; ya que los miembros de las comunidades indígenas tienen prácticas sociales milenarias, un ejemplo de ello es el sistema de tenencia de la tierra que practican, como lo es, el sistema de tenencia de la tierra de tipo comunal, el cual engloba derechos y obligaciones de tipo colectivo, ya que estos son otorgados a cada uno de los miembros que forman parte de la comunidad indígena, que habitan dentro del mismo territorio, excluyendo a los que no son parte de la comunidad.

El sistema de tenencia de la tierra de tipo comunal, ejercido por las comunidades indígenas guatemaltecas lo han definido en forma consuetudinaria y no a través de derecho escrito, tal y como se practica en la actualidad; ya que para los miembros de una comunidad indígena lo que los hace ser propietarios de un territorio, es el trabajo que ejercen en él, ya que las tierras las han heredado desde sus antepasados o a través de lazos de parentesco, en las cuales han desarrollado su historia y prácticas de sustento, por considerarlas como sagradas, es por ello que se encuentran ligados a su territorio por medio de lazos de espiritualidad, y no de legalidad; ya que para ellos su territorio de tipo comunal es más que un recurso económico, y basan sus derechos sobre su territorio en la ocupación y en su uso de tradiciones, y no en el eventual registro de su propiedad.

En la actualidad se han visto en la necesidad de darles valor y certeza jurídica a este tipo de tenencia de la tierra, debido a la discriminación de facto existente en Guatemala, amenazas y vulneraciones que han sufrido sus territorios, por la falta de reconocimiento

jurídico que el Estado de Guatemala les ha otorgado, ya que las comunidades indígenas guatemaltecas a lo largo de la historia han sufrido menoscabos en sus condiciones de igualdad de derecho, lo que ha dado como resultado la distribución y acceso a la tierra desigual con el resto de la población, dejando a las comunidades en situación de vulnerabilidad.

Las tierras comunales en Guatemala tienen un gran potencial agrícola, porque a través de ellas se da la producción de diversos productos, en algunos casos esta producción agraria es apoyada por el Estado a través de programas, como por ejemplo el CAS (comunidades agrarias sostenibles), programa dado por medio del Fondo de Tierras (FONTIERRA), el cual ayuda al desarrollo y explotación de sus productos de una forma eficaz. A pesar de este apoyo estatal muchas veces los empresarios agrícolas han querido abarcar la totalidad de la producción agropecuaria en Guatemala, violentando a las tierras de las comunidades indígenas que habitan dentro de esos territorios.

Según la Secretaria de asuntos agrarios de la presidencia de la república de Guatemala (SAA), en los departamentos de Quiché y Huehuetenango, existe mayor número de tierras de tipo comunal, y estas tierras no se ven amenazadas por la demanda de vivienda que se genera en el territorio Guatemalteco, ya que por la situación organizacional que existe dentro de las comunidades indígenas, con el fin de proteger sus territorios no permitirían que se instalaran viviendas privadas salvo que fueran miembros de la comunidad indígena. Esta entidad Estatal considera que en Guatemala no se respetan las formas tradicionales de tenencia y posesión de la tierra y no se toman las medidas necesarias para garantizar lo referido, debido a las practicas liberales y neoliberales que han propagado la desarticulación de la propiedad comunal para volverá propiedad privada.

En Guatemala no existe reconocimiento jurídico, en el sistema de tenencia de la tierra de tipo comunal, ya que el Registro de información catastral (RIC), únicamente realiza estudios registrales y las tierras de tipo comunal por no encontrarse muchas veces registradas a nombre de las comunidades indígenas solamente las identifica mas no le otorga ninguna legalidad, por lo que existe una problemática acerca de la tenencia de la

tierra de tipo comunal, mayormente dada en el altiplano central y occidental de Guatemala, específicamente en los departamentos de Quiché, Huehuetenango, Totonicapán y Jalapa; ya que en esos departamentos existe mayor conflictividad por el motivo del minifundio, un ejemplo de ello son las parcialidades del departamento de Totonicapán.

Las causas de esta conflictividad son de origen agrario e histórico de más de cincuenta años dado a partir del repartimiento y las encomiendas, ya que desde la época de la colonia, se dio un apoderamiento sobre las tierras poseídas por los indígenas, teniendo la corona española derecho sobre tierras indígenas con el fin de futuramente otorgarlas a los terratenientes coloniales, a través de titulación escrita que suprimía el derecho indígena; otro origen es la parte sociocultural ya que la zona occidental del país posee mayor diversidad de culturas, por lo que ha sido mayormente amenazado en su ecología y territorio.

Lo que ha llevado a apropiación ilegal y despojos de la tierra de tipo comunal en Guatemala, aunque según la Secretaría de asuntos agrarios de la presidencia de la república (SAA), no se les ha despojado de sus tierras a las comunidades indígenas, ya que no se puede dar este tipo de despojos, desde el marco jurídico legal vigente, en el mismo sentido opina el Fondo de tierras (FONTIERRA), el cual hasta la fecha, no tiene conocimiento alguno de caso de despojo de tierra de tipo comunal en Guatemala, por parte de tercero y opina que no existe falta de reconocimiento jurídico a los derechos territoriales colectivos en Guatemala, ya que el artículo treinta y nueve de la Constitución Política de la República de Guatemala, Asamblea Nacional Constituyente 31 de mayo de 1985, garantiza la propiedad privada como derecho inherente a la persona, dando prioridad a este tipo de propiedad y no reconoce la propiedad de tipo comunal y además se cuenta con una amplia legislación para la protección y reconocimiento territorial, como la ley de fondo de tierras, y el Reglamento de regularización de la tenencia de tierras entregadas por el Estado, ya que según esta entidad, el Estado de Guatemala, garantiza el derecho a la tierra a través de su reconocimiento ancestral para el desarrollo de las comunidades indígenas, y el Estado de Guatemala facilita el acceso a la tierra a campesinos y sus comunidades por medio de programas como acceso a la tierra para

comunidades agrarias sostenibles en el cual toman en cuenta la realidad social del campesino al momento de facilitarles el acceso a la tierra.

Según la Comisión presidencial contra la discriminación y el racismo contra los pueblos indígenas de Guatemala (CODISRA) la ley de fondo de tierra no es clara para los pueblos indígenas.

El Fondo de tierras (FONTIERRA) creado para ejecutar una política pública, que facilite a campesinos de forma individual o colectiva el acceso a la tierra a través de mecanismos financieros, coopera con el bienestar de las tierras de las comunidades indígenas en Guatemala, a través de sus diferentes programas de regularización y adjudicación de tierras, tanto bajo régimen individual como comunal, con requisitos mínimos, considerando la situación social de los campesinos de escasos recursos.

El Estado de Guatemala proporciona a los campesinos a través de esta entidad la tierra como un medio de subsistencia económica; sin embargo si en algún momento el Estado les adjudica tierra a los campesinos integrantes de una comunidad indígena, este proceso de regularización es lento en el país y se debe a la alta demanda de tierra, y la poca oferta de la misma, que existe por parte de la población guatemalteca.

Otra causa que se puede mencionar del proceso de regularización lento de tierras en Guatemala, es la conflictividad que existe en las comunidades al momento de legalizarle una tierra a la comunidad indígena, ya que se les debe respetar sus garantías como comuneros. Y no se puede dejar de mencionar que el Fondo de tierras (FONTIERRA) cuenta con poco presupuesto para su funcionamiento, lo que hace que estos procedimientos sean más lentos en el país.

La Secretaria de asuntos agrarios de la presidencia de la república (SAA), coopera con el bienestar de las tierras de tipo comunal en Guatemala, a través de la investigación registral y catastral, y por medio del proceso de conciliación que se genera a partir de la conflictividad en el sistema de tenencia de la tierra de tipo comunal.

En base a lo expuesto con anterioridad, se ve la necesidad de la creación de una ley específica que regule a las comunidades indígenas en Guatemala, con el fin que sus

derechos sean puestos en práctica y de esta forma apoyar a las iniciativas de la cultura como la identidad de cada pueblo, a través de su derecho de participación dentro de la sociedad guatemalteca; y de esta forma fortalecer el sistema de tenencia de la tierra de tipo comunal, ejercido por las comunidades indígenas guatemaltecas, ya que el mayor problema que existe en Guatemala, es que se tienen bases constitucionales que no tienen desarrollo en leyes ordinarias.

Aunque la Constitución Política de la República de Guatemala, Asamblea Nacional Constituyente, 31 de mayo de 1985, reconoce la protección de la tierra y el territorio de los pueblos indígenas da prioridad a la propiedad privada absoluta, por lo que aunque las tierras de tipo comunal posean títulos que amparen su derecho, no son reconocidos al momento de ser inscritos en el Registro de la propiedad, por pertenecer a una comunidad indígena de tipo colectivo, y no formar parte de propiedad privada, sino de tipo comunal.

La falta de reconocimiento jurídico que existe en el sistema de tenencia de la tierra de tipo comunal, ha afectado en la identidad de los pueblos indígenas en Guatemala, por lo que se ve la necesidad que se proteja sus derechos con el fin que las comunidades indígenas cuiden y protejan sus tierras equilibradamente; por lo que se considera que la certeza jurídica en la tenencia de la tierra de tipo comunal en Guatemala, no se encuentra lo suficientemente protegida por la legislación guatemalteca, aunque si se encuentre amparada por el derecho internacional a través de los convenios internacionales ratificados por Guatemala, entre los cuales podemos mencionar: el Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas, adoptado por el Gobierno de la República de Guatemala, y la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca, en el marco de los Acuerdos de Paz, México Distrito Federal, 31 de marzo de 1995, la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, la Declaración de los derechos de los pueblos indígenas, adoptada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas el 13 de septiembre de 2007 y el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, creado por la Organización Internacional del Trabajo, 27 de junio de 1989, los cuales representan un elemento que se aplica de manera supletoria en la legislación guatemalteca.

La Organización Internacional del Trabajo, la cual forma parte del Sistema de las Naciones Unidas, y establece normas, con el fin de mejorar las condiciones de vida y de trabajo de los pueblos indígenas a nivel mundial, crea convenios internacionales, los cuales ha ratificado Guatemala, que han servido para reforzar el sistema jurídico vigente que regula a los pueblos indígenas en el país, sin embargo hasta la fecha existe resistencia y oposición por parte del Estado guatemalteco al momento de aplicar los convenios ratificados.

Un ejemplo de ello es el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, el cual fue adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo (OIT), en su reunión setenta y seis en mil novecientos ochenta y nueve y aprobado por el Gobierno de la República de Guatemala mediante el Decreto 9-96, del cinco de marzo de 1996, y ratificado el cinco de junio del mismo año, el cual representa un avance legislativo ya que el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, va dirigido específicamente a grupos vulnerables por los que vela la Organización Internacional del Trabajo (OIT), entre los cuales se encuentran los pueblos indígenas y tribales, los cuales se encuentran en situación de vulnerabilidad en más de setenta países del mundo.

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, fortalece los derechos de los pueblos indígenas con respecto a sus tierras, medio ambiente y recursos naturales. Al hacer referencia a las tierras de los pueblos indígenas el Convenio introduce el concepto territorio, reconociéndole a los pueblos indígenas la relación especial que tienen con su tierra, otorgándoles el derecho a retomar sus tierras ancestrales, ya que establece que debe tomarse en consideración el derecho consuetudinario dentro de la legislación nacional, y de esta forma se pueden conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre y cuando no contraríen el sistema jurídico nacional vigente, ni los derechos internacionalmente reconocidos.

Al analizar la Constitución Política de la República de Guatemala, Asamblea Nacional Constituyente, 31 de mayo de 1985, no se utiliza dentro de la legislación el termino pueblos indígenas sino se utiliza el de comunidades indígenas, es por ello que el Convenio representa un avance, ya que reconoce este término y reconoce su relación con las tierras que tradicionalmente han poseído, así como también establece el derecho que tienen los pueblos indígenas a no ser reubicados sin su consentimiento con el objeto que regresen a sus tierras cuando dejen de existir las causas que motivaron su traslado, y si este no fuere posible se les deberá compensárseles, lo que no ha ocurrido en Guatemala, ya que en el país se han dado traslados de territorio de los pueblos indígenas, mas no se les ha compensado como establece el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. Y esto se debe a que la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, resolvió que los tratados internacionales en materia de derechos humanos cobran preeminencia en relación con el derecho ordinario interno, pero no sobre la Constitución Política

La Secretaria de asuntos agrarios de la presidencia de la república de Guatemala (SAA), opina que el convenio se aplica parcialmente en Guatemala, y una causa de la falta de aplicabilidad puede ser la economía guatemalteca que no ayuda a adoptar a totalidad este tipo de convenio. Ya que *“un estudio colectivo de estudios rurales, Ixim, revela que el Estado de Guatemala, habría incurrido en violaciones a derechos nacionales e internacionales tras el desalojo de 14 comunidades en el municipio de Panzos en el Valle de Polochic en marzo de 2011. Entre los convenios violados, según el informe figura el Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y culturales al cual el país se adhirió en 1988 el cual estipula en su artículo 3 que los Estados partes se comprometen a asegurar a los hombres y las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos sociales y culturales. También señala el informe que la expulsión de las 800 familias originarias de Panzós violó el artículo 23, inviolabilidad de la vivienda. La vivienda es inviolable: Nadie podrá penetrar en morada ajena sin permiso de quien lo habita, salvo por orden escrita de juez competente. El estudio destacó la violación del convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sobre los derechos de los pueblos*

*indígenas el cual establece en su artículo 7 que los pueblos deberán tener el derecho a decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo”.*¹⁰⁹

El gobierno de Guatemala debe establecer con claridad los procedimientos necesarios para identificar y proteger los derechos de las comunidades indígenas guatemaltecas, especialmente los derechos de propiedad que ejercen sobre su territorio, reforzándolos por medio del otorgamiento de títulos de propiedad que amparen su derecho, que sean susceptibles de registro, todo ello basado en convenios y tratado internacionales.

Conclusiones

1. Los pueblos indígenas aportan económica y culturalmente a Guatemala, a través de las tierras de tipo comunal, las cuales poseen un gran potencial agrícola. Sin embargo este sistema de tenencia no se respeta, debido a las practicas liberales, de apropiación ilegal y despojos de la tierra, que han desarticulado la propiedad comunal, para convertirla en propiedad privada; por lo que es necesario el fortalecimiento del sistema jurídico vigente, a través de la creación de la ley de comunidades indígenas que reconozca y

¹⁰⁹ Barreto Bill, “*Estudio señala violaciones del Estado en desalojos en Polochic*”, Prensa Libre, Política, Guatemala, 8 julio del año 2013.

regule la tenencia de la tierra de tipo comunal, y de esta forma se le otorgue certeza jurídica a estos territorios.

2. En Guatemala, los departamentos que cuentan con mayor número de tierras de tipo comunal, son San Marcos, Huehuetenango, Chiquimula, Quetzaltenango, Totonicapán, Baja Verapaz y Sacatepéquez; y los que presentan mayor problemática debido a la falta de legalización, son Quiché, Alta Verapaz y Peten; lo que ha generado que el territorio de las comunidades indígenas se vea amenazado, por la falta de reconocimiento a los derechos territoriales colectivos, el saqueo con fines comerciales, y los conflictos de tierras entre comunidades o con terratenientes; debido a que la legislación vigente, únicamente reconoce la propiedad de naturaleza privada y no la de tipo comunal; por lo que las políticas Estatales se han enfocado en la compra y arrendamiento de tierras, promoviendo la titulación individual de las tierras colectivas.

3. La problemática agraria guatemalteca, se debe a las implicaciones jurídicas que ha tenido la discriminación de facto existente en el país; ya que la población indígena no se encuentra en condiciones de igualdad con el resto, y a lo largo de la historia ha existido una distribución desigual de la tierra, debido a que los terratenientes desean abarcar la totalidad de la producción agropecuaria, por lo que la principal causa de la conflictividad agraria es la falta de certeza jurídica de las tierras de tipo comunal, ya que más de dos personas aseguran ser dueños de los terrenos, lo que da por resultado la falta de acceso a la tierra, resolución de demandas agrarias, falta de respeto a territorios tradicionales y los desplazamientos forzosos; originados por los problemas de medición y la falta de claridad acerca del tamaño de los terrenos en el Registro de la propiedad; lo que ha provocado que las tierras comunales se estén fraccionando en parcelas individuales, y sean vendidas a personas ajenas a la comunidad indígena, debilitando así la estructura de la comunidad.

4. El Estado de Guatemala por medio del proceso de adjudicación, otorga tierra a las comunidades indígenas, que se encuentren en situaciones de pobreza, sin embargo este proceso de regularización es lento en el país y se debe a la alta demanda de tierra que existe por parte de la población indígena guatemalteca, y la poca oferta de la misma.

5. El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, ha fortalecido los derechos de los pueblos indígenas con respecto a sus tierras, medio ambiente, y recursos naturales, estableciendo que debe tenerse en consideración el derecho consuetudinario de estos pueblos dentro de la legislación nacional, y de la misma manera se les debe reconocer la relación especial que tienen con sus tierras, es por ello que hasta la fecha es el Convenio más completo que vela por la protección de los derechos de grupos vulnerables, como lo son los pueblos indígenas de Guatemala; sin embargo este no se aplica a cabalidad ya que prevalece únicamente ante el Derecho interno mas no ante la Constitución Política de la República de Guatemala.

Recomendaciones

1. El marco jurídico nacional vigente debe asegurar la tenencia de la tierra de tipo comunal en Guatemala, garantizando la inalienabilidad e inembargabilidad de las tierras, por medio del reconocimiento legal de los títulos de propiedad a nombre de las comunidades indígenas; y a través de la creación de la ley de comunidades indígenas que representa un mandato constitucional que hasta la fecha no se ha regulado en norma ordinaria, la cual debe reconocer y regular la tenencia de la tierra de tipo comunal, y de esta forma otorgarle certeza jurídica a estos territorios.

2. El gobierno de Guatemala debe tomar las medidas necesarias para determinar las tierras que las comunidades indígenas ocupan en forma tradicional, y debe garantizarles la protección efectiva de los derechos de propiedad y posesión; instituyendo procedimientos adecuados en el marco jurídico nacional vigente para prestar la solución a las reivindicaciones de tierras.

3. El Estado de Guatemala debe dialogar y resolver conflictos agrarios generados por la tierra a través de una medición exacta de las tierras comunales, mediante el catastro y registro de las mismas, además no debe permitir que se parcelen las tierras comunales, ni que sean vendidas a personas ajenas a la comunidad, con el fin que no se debilite la estructura de la comunidad indígena.

4. El Estado de Guatemala debe facilitar a los campesinos el acceso a la tierra de forma colectiva, y agilizar el proceso de regularización a las comunidades indígenas, a través del fortalecimiento de instituciones como el Fondo de tierras, la cual no cumple a cabalidad con sus funciones debido al poco presupuesto designado para su funcionamiento y al poco territorio con el que cuentan para adjudicar.

5. El gobierno de Guatemala debe de hacer uso de los términos territorio de los pueblos indígenas y no el de tierra de comunidades indígenas, dentro de su legislación nacional; además debe reconocer a los pueblos indígenas la relación especial que tienen con su tierra, otorgándoles el derecho a retomar sus tierras ancestrales, tomándose en consideración el derecho consuetudinario dentro de la legislación nacional, y de esta forma los pueblos indígenas puedan conservar sus costumbres e instituciones propias, todo ello reforzado del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes.

Referencias

Referencias Bibliográficas

- a) Anaya James, Oficina del Alto Comisionado, *“Informe del relator especial de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas”*, Guatemala, Naciones Unidas, Derechos Humanos, 2010.
- b) Castilla Karlos, *“El control de convencionalidad, un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco”*, México, Universidad Autónoma de México, 2010.

- c) Consejo de Organizaciones Mayas de Guatemala COMG, *“Cuarto informe alternativo sobre la aplicación del Convenio 169 de la OIT en Guatemala”*, Guatemala, Editorial NOJIB´SA, 17 de diciembre de 2007.
- d) Elías Silvel, Consejo Nacional de Áreas protegidas, *“Diagnostico de la conservación y manejo de recursos naturales en tierras comunales”*, Guatemala, noviembre 2009.
- e) FAO, Depósito de documentos de la Organización de las naciones unidas para la alimentación y la agricultura, Departamento económico y social, *“Tenencia de la tierra y desarrollo rural”*, Roma Italia, 2003.
- f) Grupo promotor de tierras comunales, *“Estrategia nacional para el manejo y conservación de recursos naturales en tierras comunales”*, Guatemala, febrero de 2009.
- g) Hernández Gil, Antonio, *“La función social de la posesión”*, Madrid España, Alianza editorial, Ediciones Castilla, S.A. 1969.
- h) Hernández S. Edgar A. Chutan y Joel A. *“Propiedades colectivas y comunales en Quetzaltenango, San Marcos, Sololá y Totonicapán”*, Guatemala, Fundación Soros, Agosto 2008, Primera edición.
- i) Oficina de Derechos Humanos del Arzobispado de Guatemala, *“Lucha, dolor y esperanza del campesinado guatemalteco”*, ODEHAG, Guatemala, abril 2007.
- j) Oficina Internacional del trabajo Ginebra, Departamento de normas internacionales del trabajo, *“Manual para los mandantes tripartitos de la OIT”*, Ginebra OIT, primera edición 2013.
- k) Ordoñez Mazariegos, Carlos Salvador, *“La aplicación del Convenio 169 de la OIT en Guatemala. tres casos de estudio en el municipio de Totonicapán”*, cuaderno de estudio 75, Guatemala, Instituto de Investigaciones Jurídicas, agosto 2006.
- l) Organización internacional del trabajo, *“Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica”*, Ginebra OIT, 2009.

- m) Organización Internacional del Trabajo, *“Un manual, Proyecto para promover la política de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales”*, Ginebra, Suiza, Primera edición 2003.
- n) Papadópolo Midori, *“El nuevo enfoque internacional en materias de derechos de los pueblos indígenas”*, Guatemala, Universidad Rafael Landívar, Instituto de Investigaciones económicas y sociales (IDIES), 1995.
- o) Pop Alvaro, Organismo Naleb’, *“Evaluación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas”*, Guatemala.
- p) Rohrmoser Valdeavellano Rodolfo, *“La operatividad del Convenio 169 de la OIT en el derecho interno guatemalteco”*, Guatemala, 2006.
- q) Velásquez Helmer, Estudio Guatemala, *“Marcos legales de acceso a la tierra”*, Guatemala Agosto 2011.

Referencias Normativas

- a) Asamblea Nacional Constituyente, 31 de mayo de 1985, *“Constitución Política de la República de Guatemala”*.
- b) Gobierno de la República de Guatemala, y Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca, Marco de los Acuerdos de Paz, México Distrito Federal, 31 de marzo de 1995, *“Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas”*.
- c) Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, 13 de septiembre de 2007, *“Declaración de los derechos de los pueblos indígenas”*.
- d) Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, 10 de diciembre de 1948, *“Declaración Universal de Derechos Humanos”*.
- e) Congreso de la República de Guatemala, Acuerdo Gubernativo No. 386-2001, Guatemala, 14 de Septiembre de 2001, *“Reglamento de Regularización de la Tenencia de las Tierras Entregadas por el Estado”*.
- f) Congreso de la República de Guatemala, Decreto ley 106, *“Código Civil”*.
- g) Congreso de la República de Guatemala, Decreto Legislativo 12-2002, *“Código Municipal”*.

- h) Congreso de la República de Guatemala, Decreto Legislativo 42-2001, "*Ley de Desarrollo Social*".
- i) Congreso de la República de Guatemala, Decreto Legislativo 11-2002, "*Ley de Consejos de Desarrollo Urbano y Rural*".
- j) Congreso de la República de Guatemala, Decreto 41-2005, "*Ley del Registro de Información Catastral*".
- k) Congreso de la República de Guatemala, Decreto 52-2005 "*Ley marco de los acuerdos de paz*".
- l) Congreso de la República de Guatemala, Decreto 1551, "*Ley de Transformación Agraria*".
- m) Corte de Constitucionalidad de Guatemala, gaceta jurisprudencial cincuenta y siete, expediente doscientos setenta y cinco guion dos mil, de fecha de opinión consultiva nueve de agosto del año dos mil.
- n) Corte de Constitucionalidad de Guatemala, gaceta jurisprudencial noventa y seis, expediente cuatro mil trescientos treinta y cuatro guión dos mil nueve, de fecha de opinión consultiva uno de junio del año dos mil diez.
- o) Corte de Constitucionalidad de Guatemala, gaceta jurisprudencial sobre la constitucionalidad del Convenio 169 de la OIT, expediente ciento noventa y nueve guión noventa y cinco.
- p) Corte de Constitucionalidad de Guatemala, gaceta jurisprudencial tres, expediente noventa y siete, guión ochenta y seis, de fecha de la opinión consultiva veinticinco de febrero del año mil novecientos ochenta y siete.
- q) Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, de fecha veintiséis de septiembre de dos mil seis.
- r) Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso ciento dieciséis, Masacre plan de Sánchez VS. Guatemala, Reparaciones y costas de fecha de sentencia de diecinueve de noviembre de dos mil cuatro.
- s) Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso ciento veinticinco, Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, Fondo, reparaciones y Costas, de fecha diecisiete de junio de dos mil cinco.

- t) Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala, sentencia de fondo, reparaciones y costas, veinticinco de noviembre de dos mil tres, serie c, número ciento uno.
- u) Corte Interamericana de Derechos Humanos, informe número 40 /04, caso 12.053, Comunidades indígenas mayas del Distrito de Toledo Belice, de fecha doce de octubre del año dos mil cuatro.
- v) Corte Interamericana de Derechos Humanos, informe número 75/02, caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), de fecha veintisiete de diciembre de dos mil dos.
- w) Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 31 de agosto de 2001, caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua.
- x) Organización Internacional del Trabajo, 27 de junio de 1989, "*Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*".

Referencias Electrónicas

- a) CUC, Comité de unidad campesina, noticias, "*14 comunidades en proceso de desalojo en el Valle Polochic, Alta Verapaz*", Guatemala, 15 de marzo de 2011 <http://www.cuc.org.gt>.
- b) CUC, Comité de unidad campesina, noticias, "*Comunidades Q'eqchi esperan de la CC una sentencia favorable*", Guatemala, 19 de junio de 2014. <http://www.cuc.org.gt>.
- c) CUC, Comité de unidad campesina, noticias, "*De caseríos a comunidades indígenas ancestrales Q'eqchis*", Guatemala, 23 de agosto de 2012. <http://www.cuc.org.gt>.
- d) CUC, Comité de unidad campesina, noticias, "*Estado de Guatemala de nuevo reprime a comunidad Monte Olivo, Cobán, Alta Verapaz*", Guatemala, 14 de agosto de 2014. <http://www.cuc.org.gt>.

- e) CUC, Comité de unidad campesina, Noticias, “*Gobierno de Guatemala y empresas Hidro Santa Rita y Energuate, son las responsables de las represión y conflictividad en Alta Verapaz*”, Guatemala, 21 de agosto de 2014 <http://www.cuc.org.gt>.
- f) Diálogos asociación civil, Cásares García Leonel, “*Control de convencionalidad y principio de progresividad en el pensamiento del Doctor Christian Courtis*”, México; <http://www.dialogos.org.mx/revistadiálogos/op-derecho/control-de-convencionalidad-y-principio-de-progresividad-en-el-pensamiento-del-dr-christian-courtis>.
- g) FONTIERRA, Fondo de Tierras, “*18 nuevas familias propietarias de su tierra*, Boletín informativo 20-10”, Guatemala, Mayo 2010, <http://ns.fontierras.gob.gt/?sec=5&nid=125>.
- h) RIC, Registro de Información Catastral, “*Comunitarios ratifican el trámite de terrenos en aldea Tactic*”, Noticias, boletín No. 46, Guatemala, Septiembre de 2014, <http://www.ric.gob.gt/noticias>.
- i) Situación de los Derechos Humanos en Guatemala, “*Implicaciones jurídicas de la discriminación al indígena*”, Naciones Unidas, 1982, http://www.iidh.ed.cr/comunidades/diversidades/docs/div_docpublicaciones/Derecho%20Indigena/Cap.%209.%20Guatemala.pdf.
- j) Ternure Brief, Bruce W. John, traducido por Citlali Cortés Montaña, “*Conceptos sobre tenencia de la tierra*”, Wisconsin Madison, Agosto 2000, <http://ageconsearch.umn.edu/bitstream/12816/1/ltctb01s.pdf>.

Otras referencias

- a) Barreto Bill, “*Estudio señala violaciones del Estado en desalojos en Polochic*”, Prensa Libre, Política, Guatemala, 8 julio del año 2013.

- b) Camey Uz, *“Gestión colectiva de los recursos naturales; un análisis sociológico del uso y manejo del bosque comunal de la parcialidad Baquix, cantón Juchanep, municipio y departamento de Totonicapán, Guatemala”*, Guatemala enero 2007, Escuela de ciencia Política, Universidad de San Carlos de Guatemala.
- c) Carrera Margarita, *“Persistencia”*, Prensa Libre, Opinión, Guatemala, 27 de junio del año 2013.
- d) Diaz Cezeña, Leonel, *“Mil 360 conflictos por tierras hay en el país”*, Prensa libre, Nacionales, Guatemala, 4 de julio del año 2011.
- e) Garrido Colón, Carlos Ernesto, *“Una aproximación al estudio del derecho consuetudinario y la mediación como método alternativo de resolución de conflictos”*, Guatemala, julio de 2004, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Rafael Landívar.
- f) Gramajo Jessica, *“ONU llama a respetar a los pueblos indígenas”*, Prensa Libre, Nacionales, Guatemala, 9 de agosto del año 2011.
- g) Guamán Gualli, Julián, *“Análisis del Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas”*, Getafe, Madrid, 28 de junio de 2011, Trabajo de investigación Título de Experto Universitario en Pueblos Indígenas, Derechos Humanos y Cooperación Internacional, Universidad Carlos III de Madrid Instituto Universitario de Estudios Internacionales y Europeos.
- h) Hernández Manuel, *“Gobierno entrega títulos de propiedad a desalojados del Polochic”*, Prensa Libre, Política, Guatemala, 19 de octubre del año 2013.
- i) Hernández Méndez, Olga, *“Propuesta de una nueva normativa de procedimiento para la consulta a los pueblos indígenas en Guatemala”* Guatemala, junio de 2010, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala.
- j) Licda Vallejo Rivera Eva Carola, M.A. Mara L. Bocaletti Florián, M.A. Mario René Mancilla Barillas, *“Herramientas legales para asegurar los derechos de propiedad o tenencia de la tierra al ejecutar proyectos de Pago por Servicios Ambientales”*

Guatemala, noviembre de 2008, CARE Internacional / sede Guatemala, Universidad del Valle de Guatemala.

- k) Mejía Salazar, Mónica José, *“Análisis jurídico de la importancia de una ley sustantiva y adjetiva en materia agraria”*, Guatemala, Agosto de 2008, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala.
- l) Palma Cruz Angel Rodolfo *“La desigualdad en la tenencia de la tierra en Guatemala, Ley de reforma agraria Dcto. 900, Análisis y vigencia de las causas que la motivaron”* Guatemala, diciembre de 2007, Facultad de ciencias jurídicas y sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala.
- m) Saloj Saquich, Walter Filiberto, *“La aplicación del artículo 10 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo como fundamento jurídico para el respeto de la identidad social y cultural en la aplicación de justicia a miembros de los pueblos indígenas”*, Guatemala, julio de 2010, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala.
- n) Sam Chun, Eduardo, *“Campesinos protestan en contra de desalojos violentos”*, Prensa Libre, Alta Verapaz, Guatemala, 20 de noviembre del año 2012.
- o) Vielman Ramírez, Ilse del Carmen, *“Análisis de la violación de los derechos y garantías de los pueblos indígenas contenidos en el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo en relación a la explotación minera en Guatemala”*, Guatemala, diciembre 2007, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala.

Anexos

Modelo de instrumento

Campus de Quetzaltenango
Universidad Rafael Landívar



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Nombre de la Tesis “EL SISTEMA DE TENENCIA DE LA TIERRA DE TIPO COMUNAL EN GUATEMALA A LA LUZ DEL CONVENIO 169 DE LA OIT SOBRE PUEBLOS INDIGENAS Y TRIBALES EN PAÍSES INDEPENDIENTES”

Nombre del Entrevistado _____

Entrevista

Dirigido a Consejo Nacional de Áreas Protegidas (CONAP)

- 1) ¿Los pueblos indígenas cuentan con conocimientos ancestrales, que ayudan a mejorar la conservación de la diversidad biológica y los recursos naturales?
- 2) ¿Es necesario la creación de una ley que regule a las comunidades indígenas en Guatemala?
- 3) ¿Existe algún método o estrategia, que el Consejo Nacional de Áreas Protegidas en coordinación con los pueblos indígenas de Guatemala, llevan a cabo, con el objeto de lograr un desarrollo sostenible de los recursos naturales?
- 4) ¿En Guatemala existe el reconocimiento jurídico en el sistema de tenencia de la tierra de tipo comunal?
- 5) ¿En qué departamento de Guatemala existe mayor problemática acerca de la tenencia de la tierra de tipo comunal y cuál es el origen de la misma?
- 6) ¿Cómo la tenencia de la tierra de tipo comunal, ayuda a la vitalidad de los ecosistemas naturales?
- 7) ¿Las tierras comunales en Guatemala, aportan recursos básicos a la población?
- 8) ¿Qué herramientas debe proporcionar el Estado de Guatemala para evitar que se continúe depredando los recursos naturales no renovables en forma indiscriminada?

- 9) ¿Las tierras de tipo comunal influyen positivamente en la ecología de Guatemala?
- 10) ¿Qué región de Guatemala ha sido mayormente amenazada en su ecología?
- 11) ¿El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, fortalece los derechos de los pueblos indígenas sobre su medio ambiente y recursos naturales?



Campus de Quetzaltenango

Universidad Rafael Landívar

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Nombre de la Tesis “EL SISTEMA DE TENENCIA DE LA TIERRA DE TIPO COMUNAL EN GUATEMALA A LA LUZ DEL CONVENIO 169 DE LA OIT SOBRE PUEBLOS INDIGENAS Y TRIBALES EN PAÍSES INDEPENDIENTES”

Nombre del Entrevistado_____

Entrevista

Dirigido a Fondo de Tierras (FONTIERRA)

- 1) ¿Existe falta de reconocimiento jurídico a los derechos territoriales colectivos en Guatemala?
- 2) ¿La falta de certeza jurídica que existe en el sistema de tenencia de la tierra de tipo comunal, ha dado origen a despojos de tierra en Guatemala?
- 3) ¿Conoce usted algún caso de despojo de parte de tercero alguno de una tierra de tipo comunal en Guatemala?
- 4) ¿De qué manera se puede reforzar la certeza jurídica en la tenencia de la tierra de tipo comunal en Guatemala?
- 5) ¿Las tierras comunales en Guatemala tienen un gran potencial agrícola?
- 6) ¿El gobierno de Guatemala facilita el acceso a la tierra a campesinos y sus comunidades?
- 7) ¿La adjudicación de la tierra por parte de las comunidades indígenas, tiene un proceso de regularización lento en Guatemala?
- 8) ¿Qué herramientas debe proporcionar el Estado de Guatemala para evitar que se continúe depredando los recursos naturales no renovables en forma indiscriminada?
- 9) ¿Guatemala cumple con los Convenios Internacionales en materia agraria?
- 10) ¿De qué forma el Fondo de Tierras coopera con el bienestar de las tierras de comunidades indígenas?



Campus de Quetzaltenango

Universidad Rafael Landívar

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Nombre de la Tesis "EL SISTEMA DE TENENCIA DE LA TIERRA DE TIPO COMUNAL EN GUATEMALA A LA LUZ DEL CONVENIO 169 DE LA OIT SOBRE PUEBLOS INDIGENAS Y TRIBALES EN PAÍSES INDEPENDIENTES"

Nombre del Entrevistado _____

Entrevista

Dirigido a Secretaria de Asuntos Agrarios de la Presidencia de la Republica (SAA)

- 1) ¿Qué departamento de Guatemala cuenta con mayor número de tierras de tipo comunal?
- 2) ¿La demanda de vivienda que se genera en Guatemala, representa una amenaza para el sistema de tenencia de la tierra de tipo comunal?
- 3) ¿Los empresarios agrícolas han despojado de sus tierras a comunidades indígenas, con el fin de abarcar la totalidad de la producción agropecuaria en Guatemala?
- 4) ¿Cuál es la principal causa de los conflictos agrarios de posesión de tierra en Guatemala?
- 5) ¿En qué regiones de Guatemala existe mayor problemática en el sistema de tenencia de la tierra de tipo comunal?
- 6) ¿En Guatemala se respeta las formas tradicionales de tenencia y posesión de la tierra, y se toman las medidas administrativas necesarias para garantizar lo referido?
- 7) ¿Qué herramientas debe proporcionar el Estado de Guatemala para evitar que se continúe depredando los recursos naturales no renovables en forma indiscriminada?
- 8) ¿De qué forma la Secretaria de Asuntos Agrarios de la Presidencia de la Republica coopera con el bienestar de las tierras de tipo comunal en Guatemala?
- 9) ¿La Organización Internacional del Trabajo, a través de sus convenios ha reforzado el sistema jurídico vigente que regula a los pueblos indígenas en Guatemala?
- 10) ¿Se aplica en Guatemala, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes?



Campus de Quetzaltenango

Universidad Rafael Landívar

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Nombre de la Tesis “EL SISTEMA DE TENENCIA DE LA TIERRA DE TIPO COMUNAL EN GUATEMALA A LA LUZ DEL CONVENIO 169 DE LA OIT SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES EN PAÍSES INDEPENDIENTES”

Nombre del Entrevistado _____

Entrevista

Dirigido a la Comisión presidencial contra la discriminación y el racismo contra los pueblos indígenas de Guatemala (CODISRA)

- 1) ¿De qué forma existe en Guatemala apoyo Estatal, al derecho consuetudinario de los pueblos indígenas?

- 2) ¿Cómo ha influenciado el derecho de Consulta de los pueblos indígenas en el sistema de tenencia de la tierra de tipo comunal en Guatemala?
- 3) ¿Cómo afecta la falta de reconocimiento de la tenencia de la tierra de tipo comunal, en la identidad cultural de los pueblos indígenas en Guatemala?
- 4) ¿Qué departamento de Guatemala cuenta con mayor número de tierras de tipo comunal?
- 5) ¿La falta de certeza jurídica en el sistema de tenencia de la tierra de tipo comunal, ha dado origen a despojos de tierra en Guatemala?
- 6) ¿Qué opina la Comisión presidencial contra la discriminación y el racismo contra los pueblos indígenas de Guatemala, acerca de los desalojos violentos que han sufrido comunidades indígenas por parte de las autoridades guatemaltecas?
- 7) ¿Qué herramientas debe proporcionar el Estado de Guatemala para evitar que se continúe depredando los recursos naturales no renovables en forma indiscriminada?
- 8) ¿El gobierno de Guatemala impone una visión individualista de compra y venta de la tierra, a cada miembro de la comunidad indígena que practica el sistema de tenencia de la tierra de tipo comunal, la cual no está de acorde con las formas de administración comunal de la tierra?
- 9) ¿La Organización Internacional del Trabajo a través de sus convenios ha reforzado el sistema jurídico vigente que regula a los pueblos indígenas en Guatemala?
- 10) ¿El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, representa uno de los pilares para restituir las tierras comunales o compensarles sus derechos a los pueblos indígenas?
- 11) ¿El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, ayuda a determinar el carácter inalienable, imprescriptible e irrenunciable de las tierras de tipo comunal?

Derechos civiles, políticos, sociales y económico del Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas, adoptado por el gobierno de la República de Guatemala y la unidad revolucionaria nacional guatemalteca, en el marco de los Acuerdos de paz, México distrito federal, 31 de marzo de 1995.

E. Derecho consuetudinario

1. La normatividad tradicional de los pueblos indígenas ha sido y sigue siendo un elemento esencial para la regulación social de la vida de las comunidades y, por consiguiente, para el mantenimiento de su cohesión.
2. El Gobierno reconoce que tanto el desconocimiento por parte de la legislación nacional de las normas consuetudinarias que regulan la vida comunitaria indígena como la falta de acceso que los indígenas tienen a los recursos del sistema jurídico nacional han dado lugar a negación de derechos, discriminación y marginación.
3. Para fortalecer la seguridad jurídica de las comunidades indígenas, el Gobierno se compromete a promover ante el organismo legislativo, con la participación de las organizaciones indígenas, el desarrollo de normas legales que reconozcan a las comunidades indígenas el manejo de sus asuntos internos de acuerdo con sus normas consuetudinarias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos

fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

F. Derechos relativos a la tierra de los pueblos indígenas

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

2. La desprotección de los derechos relativos a la tierra y recursos naturales de los pueblos indígenas es parte de una problemática muy amplia que se debe entre otras razones a que los campesinos indígenas y no indígenas difícilmente han podido legalizar sus derechos mediante titulación y registro. Cuando excepcionalmente han podido legalizar sus derechos, no han tenido acceso a los mecanismos legales para defenderlos. Al no ser exclusiva de la población indígena, aunque ésta ha sido especialmente afectada, esta problemática deberá abordarse al tratarse el tema "Aspectos socioeconómicos y situación agraria", como parte de las consideraciones sobre reformas en la estructura de la tenencia de la tierra.

3. Sin embargo, la situación de particular desprotección y despojo de las tierras comunales o colectivas indígenas merece una atención especial en el marco del presente acuerdo. La Constitución de la República establece la obligación del Estado de dar protección especial a las tierras de cooperativas, comunales o colectivas; reconoce el derecho de las comunidades indígenas y otras a mantener el sistema de administración de las tierras que tengan y que históricamente les pertenecen; y contempla la obligación del Estado de proveer de tierras estatales a las comunidades indígenas que las necesiten para su desarrollo.

4. Reconociendo la importancia especial que para las comunidades indígenas tiene su relación con la tierra, y para fortalecer el ejercicio de sus derechos colectivos sobre la tierra y sus recursos naturales, el Gobierno se compromete a adoptar directamente,

cuando es de su competencia, y a promover cuando es de la competencia del organismo legislativo o de las autoridades municipales, las medidas abajo mencionadas, entre otras, que se aplicarán en consulta y coordinación con las comunidades indígenas concernidas.

Regularización de la tenencia de la tierra de las comunidades indígenas

5. El Gobierno adoptará o promoverá medidas para regularizar la situación jurídica de la posesión comunal de tierras por las comunidades que carecen de títulos de propiedad, incluyendo la titulación de las tierras municipales o nacionales con clara tradición comunal. Para ello, en cada municipio se realizará un inventario de la situación de tenencia de la tierra. Tenencia de la tierra y uso y administración de los recursos naturales

6. El Gobierno adoptará y promoverá las medidas siguientes: a) Reconocer y garantizar el derecho de acceso a tierras y recursos que no estén exclusivamente ocupados por las comunidades, pero a las que éstas hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia (servidumbres, tales como paso, tala, acceso a manantiales, etc., y aprovechamiento de recursos naturales), así como para sus actividades espirituales; b) Reconocer y garantizar el derecho de las comunidades de participar en el uso, administración y conservación de los recursos naturales existentes en sus tierras; c) Obtener la opinión favorable de las comunidades indígenas previa la realización de cualquier proyecto de explotación de recursos naturales que pueda afectar la subsistencia y el modo de vida de las comunidades. Las comunidades afectadas deberán percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de estas actividades; y d) Adoptar, en cooperación con las comunidades, las medidas necesarias para proteger y preservar el medio ambiente. Restitución de tierras comunales y compensación de derechos

7. Reconociendo la situación de particular vulnerabilidad de las comunidades indígenas, que han sido históricamente las víctimas de despojo de tierras, el Gobierno se compromete a instituir procedimientos para solucionar las reivindicaciones de tierras comunales formuladas por las comunidades, y para restituir o compensar dichas tierras. En particular, el Gobierno adoptará o promoverá las siguientes medidas:

a) Suspender las titulaciones supletorias para propiedades sobre las cuales hay reclamos de derechos por las comunidades indígenas;

b) Suspender los plazos de prescripción para cualquier acción de despojo a las comunidades indígenas; y

c) Sin embargo, cuando los plazos de prescripción hayan vencido anteriormente, establecer procedimientos para compensar a las comunidades despojadas con tierras que se adquieran para el efecto. Adquisición de tierras para el desarrollo de las comunidades indígenas

8. El Gobierno tomará las medidas necesarias, sin afectar la pequeña propiedad campesina, para hacer efectivo el mandato constitucional de proveer de tierras estatales a las comunidades indígenas que las necesiten para su desarrollo. Protección jurídica de los derechos de las comunidades indígenas

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

a) El desarrollo de normas legales que reconozcan a las comunidades indígenas la administración de sus tierras de acuerdo con sus normas consuetudinarias;

b) Promover el aumento del número de juzgados para atender los asuntos de tierras y agilizar procedimientos para la resolución de dichos asuntos;

c) Instar a las facultades de ciencias jurídicas y sociales al fortalecimiento del componente de derecho agrario en las currícula de estudio, incluyendo el conocimiento de las normas consuetudinarias en la materia;

d) Crear servicios competentes de asesoría jurídica para los reclamos de tierras; e) Proveer gratuitamente el servicio de intérpretes a las comunidades indígenas en asuntos legales;

f) Promover la más amplia divulgación dentro de las comunidades indígenas de los derechos agrarios y los recursos legales disponibles; y

g) Eliminar cualquier forma de discriminación de hecho o legal contra la mujer en cuanto a facilitar el acceso a la tierra, a la vivienda, a créditos y a participar en los proyectos de desarrollo.

10. El Gobierno se compromete a dar a la ejecución de los compromisos contenidos en este literal F la prioridad que amerita la situación de inseguridad y urgencia que caracteriza la problemática de la tierra de las comunidades indígenas. Para ello, el Gobierno establecerá, en consulta con los pueblos indígenas, una comisión paritaria sobre derechos relativos a la tierra de los pueblos indígenas, para estudiar, diseñar y proponer los procedimientos y arreglos institucionales más adecuados. Dicha comisión será integrada por representantes del Gobierno y de las organizaciones indígenas

Anexo b, parte II. Tierras, del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes

Artículo 13

1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.
2. La utilización del término tierras en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera.

Artículo 14

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

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

Artículo 15

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

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

Artículo 16

1. A reserva de lo dispuesto en los párrafos siguientes de este artículo, los pueblos interesados no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan.

2. Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados.

3. Siempre que sea posible, estos pueblos deberán tener el derecho de regresar a sus tierras tradicionales en cuanto dejen de existir las causas que motivaron su traslado y reubicación.

4. Cuando el retorno no sea posible, tal como se determine por acuerdo o, en ausencia de tales acuerdos, por medio de procedimientos adecuados, dichos pueblos deberán recibir, en todos los casos posibles, tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente, y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. Cuando los pueblos interesados prefieran recibir una indemnización en dinero o en especie, deberá concedérseles dicha indemnización, con las garantías apropiadas.

5. Deberá indemnizarse plenamente a las personas trasladadas y reubicadas por cualquier pérdida o daño que hayan sufrido como consecuencia de su desplazamiento.

Artículo 17

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

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

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

Artículo 18

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

Artículo 19

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

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

Corte de Constitucionalidad de Guatemala, gaceta jurisprudencial 37, expediente 199-95, fecha de la opinión consultiva: 18/05/1995.

Dentro del expediente 199-95, de la Corte de Constitucionalidad, en la parte “b” del análisis de la constitucionalidad del convenio 169 de la organización internacional del trabajo OIT; específicamente en los artículos del trece al veinte se regula lo relativo a las Tierras, “reconociendo la especial relación que tienen los indígenas con las tierras y territorios que ocupan o utilizan de alguna manera y, en particular, los aspectos colectivos de esa relación. (...). Se establece que deberá reconocerse el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan; así como el derecho de estos pueblos a no ser trasladados de esas tierras regulando que cuando el traslado y reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, debiendo regresar a sus tierras tradicionales en cuanto dejen de existir las causas que motivaron el traslado y reubicación; y si el retorno no fuere posible deberá compensárseles en los términos contemplados en el Convenio. Se deberán prever sanciones contra intrusiones no autorizadas a las tierras de su propiedad, tomando las medidas para impedir tales infracciones. A ese respecto esta Corte puede afirmar que la obligación de los gobiernos de respetar la importancia especial que para las culturas reviste su relación con las tierras o territorios, así como el hecho de reconocer a los pueblos interesados el derecho de propiedad y posesión de las tierras que tradicionalmente ocupan, se encuentra concurrente con los preceptos de los artículos 66, 67 y 68 de la Constitución. Además, los procedimientos a utilizar para decidir las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados, deberán instituirse conforme al artículo 14 inciso 3 del Convenio, o sea adecuados al marco del sistema jurídico nacional, por lo que estando garantizada la propiedad privada como un derecho inherente a la persona en la Constitución Política de la República (artículo 39), en el caso

de que las tierras que ocuparan los pueblos interesados fuesen propiedad de una persona distinta, ésta tiene a su disposición medios legales para reivindicarlas y para afectar su derecho de propiedad tendría que recurrirse a un procedimiento legal, establecido por la Constitución, lo que en este caso, podría ser, la expropiación por razones de utilidad colectiva, beneficio social o interés público (artículo 40), porque de otra manera, conforme a la Constitución se encuentra prohibida la confiscación de bienes, la que por supuesto, tampoco está admitida por el Convenio. Se ha señalado que el hecho de que se regule en el inciso 3 del artículo 14 del Convenio la necesidad de contemplar procedimientos adecuados para decidir las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados, puede contradecir la Constitución; sin embargo, puede resaltarse que el citado inciso es claro al indicar que dichos procedimientos deberán instituirse "en el marco del sistema jurídico nacional", por lo que no contradice de ninguna manera la Constitución. Se ha cuestionado que el Convenio en su artículo 13 establezca que el término "territorio" debe incluirse dentro del término "tierras", porque el primero puede tener una acepción más amplia. A ese respecto, cabe considerar que el mismo artículo 13 dispone que el concepto "territorio", cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera y no debe dársele otra acepción. Además, dicho concepto es aplicable a los artículos 15 y 16 del Convenio, que se refieren, el primero, a la protección de los recursos naturales existentes en sus tierras y, el segundo, a las disposiciones contenidas en los casos de traslados de las tierras que ocupan. En cuanto a la participación en los beneficios derivados de la explotación de los recursos naturales pertenecientes al Estado, ello tendrá efecto "siempre que sea posible." Las disposiciones contenidas en los artículos anteriormente mencionados, que integran la Parte II del Convenio no contradicen la Constitución.