

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

"HISTORIA DEL DERECHO PENAL GUATEMALTECO"
TESIS DE GRADO

ANA LUCIA BARRIOS PEREZ
CARNET 10516-04

GUATEMALA DE LA ASUNCIÓN, JULIO DE 2017
CAMPUS CENTRAL

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

"HISTORIA DEL DERECHO PENAL GUATEMALTECO"

TESIS DE GRADO

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

POR

ANA LUCIA BARRIOS PEREZ

PREVIO A CONFERÍRSELE

LOS TÍTULOS DE ABOGADA Y NOTARIA Y EL GRADO ACADÉMICO DE LICENCIADA EN CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

GUATEMALA DE LA ASUNCIÓN, JULIO DE 2017
CAMPUS CENTRAL

AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR

RECTOR: P. MARCO TULIO MARTINEZ SALAZAR, 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: LIC. CHRISTIAN ROBERTO VILLATORO MARTÍNEZ

DIRECTOR DE CARRERA: LIC. ERICK MAURICIO MALDONADO RÍOS

DIRECTOR DE CARRERA: MGTR. JUAN FRANCISCO GOLOM NOVA

DIRECTORA DE CARRERA: MGTR. ANA BELEN PUERTAS CORRO

NOMBRE DEL ASESOR DE TRABAJO DE GRADUACIÓN

MGTR. GABRIEL ESTUARDO GARCIA LUNA

TERNA QUE PRACTICÓ LA EVALUACIÓN

MGTR. GLADYS VERONICA PONCE MEJICANOS

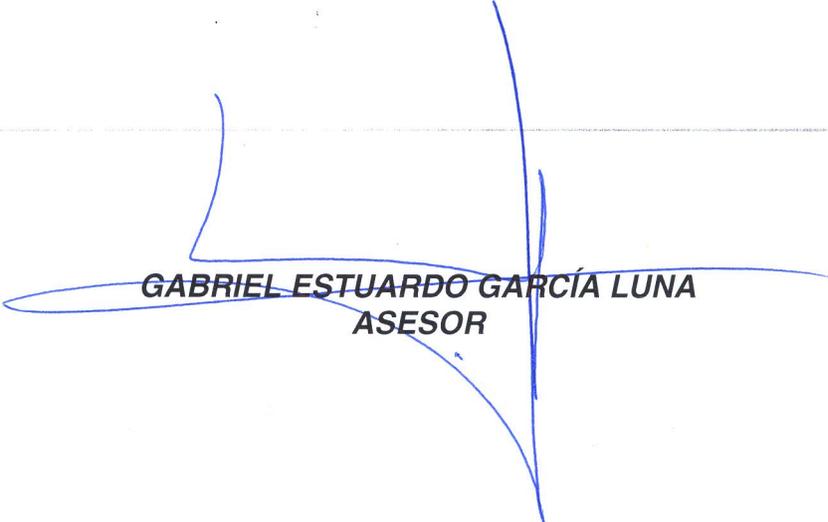
Guatemala, 5 de junio de 2017

**Honorable Consejo de Facultad
Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad Rafael Landívar**

Respetuosamente me dirijo a ustedes, con el objeto de rendir dictamen en mi calidad de asesor de la tesis titulada **"HISTORIA DEL DERECHO PENAL GUATEMALTECO"**, elaborada por la estudiante ANA LUCÍA BARRIOS PÉREZ. Luego de haber finalizado el trabajo final de tesis, considero que se realizó de acuerdo con los principios, procedimientos, métodos y técnicas de la investigación científica, por lo que el trabajo elaborado es satisfactorio. La bibliografía consultada fue adecuada a los requerimientos del tema investigado.

Por lo que me complace informarles que para el suscrito la tesis que se presenta cumple con los requerimientos del Instructivo Para Elaboración de Tesis de Graduación de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por lo que mi dictamen es favorable, encontrándose a mi criterio lista para la revisión final.

Agradeciendo su atención a la presente, sin otro particular atentamente.



**GABRIEL ESTUARDO GARCÍA LUNA
ASESOR**

Guatemala, 4 de julio de 2017.

Señores

Miembros del Consejo

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad Rafael Landívar

Ciudad

Honorables Miembros del Consejo:

Me dirijo a ustedes con el objeto de hacer de su conocimiento que, en cumplimiento al nombramiento recaído en mi persona; procedí a realizar la revisión de fondo a que se refiere el artículo 35 del Instructivo de Tesis de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, del trabajo de tesis **"HISTORIA DEL DERECHO PENAL GUATEMALTECO"**

Luego de efectuada la revisión, se sugirieron algunas correcciones a la joven ANA LUCÍA BARRIOS PÉREZ, quien cumplió con presentar las mismas. En tal virtud, considero que el contenido de la tesis en referencia se encuentra estructurada conforme los requerimientos y regulaciones existentes de la Universidad Rafael Landívar para el efecto.

Por lo expuesto, emito a favor del trabajo de tesis investigado y elaborado por ANA LUCÍA BARRIOS PÉREZ, carné 1051604 de conformidad con los requisitos reglamentarios, **DICTAMEN FAVORABLE SOBRE LA PERTINENCIA DE EMITIR LA ORDEN DE IMPRESIÓN**, a efecto de que se continúen con los procedimientos establecidos por esa Universidad, toda vez que el presente trabajo es apto como tesis para que a la autora del mismo se le confiera el Grado Académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Habiendo cumplido con el encargo encomendado por esta Facultad, me suscribo con muestras de mi consideración y respeto.

Atentamente,


M.A. Gladys Verónica Ponce Mejicanos
Abogada y Notaria

M.A. Gladys Verónica Ponce Mejicanos
Abogada y Notaria



Orden de Impresión

De acuerdo a la aprobación de la Evaluación del Trabajo de Graduación en la variante Tesis de Grado de la estudiante ANA LUCIA BARRIOS PEREZ, Carnet 10516-04 en la carrera LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES, del Campus Central, que consta en el Acta No. 07386-2017 de fecha 4 de julio de 2017, se autoriza la impresión digital del trabajo titulado:

"HISTORIA DEL DERECHO PENAL GUATEMALTECO"

Previo a conferírsele los títulos de ABOGADA Y NOTARIA y el grado académico de LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Dado en la ciudad de Guatemala de la Asunción, a los 4 días del mes de julio del año 2017.



LIC. CHRISTIAN ROBERTO VILLATORO MARTÍNEZ, SECRETARIO
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
Universidad Rafael Landívar

AGRADECIMIENTOS

A DIOS Y A LA VIRGEN MARÍA. Por haberme dado la fortaleza y haberme permitido alcanzar una meta más en mi vida; y por no abandonarme nunca, aun en mis momentos de flaqueza en la fe.

A MIS PADRES: MARIO ESTUARDO Y MAGDA FABIOLA. Por ser siempre el viento bajo mis alas, por llenarme de amor y darme siempre el apoyo incondicional que necesité para seguir adelante, por hacerme la persona que hoy soy. Este logro es suyo.

A MI HERMANA: MARÍA CRISTINA. Por ser la persona que ha sido la constante de amor y enseñanza en mi vida.

A MI SOBRINO: DANIEL. Por llenar mi vida y mi alma de amor, por ser mi razón para seguir luchando.

A MIS ABUELOS: MARIO NERY Y MARIA JULIETA (+), JORGE (+) Y MARÍA CRISTINA (+). Por ser el ejemplo a seguir de fortaleza y humildad, y ante todo, por siempre tener un abrazo lleno de amor para darme.

A MIS TIOS Y PRIMOS: Por siempre confiar en mis capacidades y darme su amor.

A MIS AMIGOS: Porque sin ellos mi vida estaría vacía.

A LAURA, DORCAS Y CAROLA: Que aunque se adelantaron en este viaje, desde el cielo me cuidan y dan fuerza.

A LUIS MOGOLLON, RAQUEL ALDANA Y LUISITO MOGOLLON: Por ser mi familia extendida y haber abierto las puertas de su casa y de su corazón para mí.

Responsabilidad: La autora es la única responsable del contenido y conclusiones de la presente tesis.

INDICE

RESUMEN DE LA INVESTIGACIÓN

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO 1	1
DERECHO PENAL	1
1.1 Definición	1
1.2 Derecho Penal Subjetivo (IUS PUNIENDI)	6
1.3 Derecho Penal Objetivo (IUS POENALE)	8
1.4 Evolución Histórica del Derecho Penal	9
1.4.1 La Venganza Privada IUS TALION	9
1.4.2 La Venganza Divina	13
1.4.3 La Venganza Pública	14
1.4.4 Período Humanitario	16
1.4.5 Etapa Científica	20
1.4.6 Etapa Moderna	22
CAPÍTULO 2	24
EL DERECHO PENAL INDÍGENA	24
2.1 Derecho Consuetudinario Indígena	24
2.2 Derecho Indigenista	28
2.2.1 Derecho Penal Indígena	31
2.3 Alcaldía Indígena	42
2.3.1 Antecedentes	42
2.3.1.1 Alcaldía Indígena de Sololá	53
2.3.1.2 Junta Directiva de los Cuarenta y Ocho Cantones de Totonicapán ...	54
2.4 Coordinación entre Derecho Indígena y Derecho Estatal	56
2.5 Derecho Indígena de la Posguerra en Guatemala	67
2.5.1 Los elementos legítimos del derecho maya ante los derechos humanos aplicados en Santa Cruz del Quiché	70
CAPÍTULO 3	80
DERECHO PENAL COLONIAL	80
3.1 El Descubrimiento de América y El Problema Jurídico Presentado	80
3.1.1. Las Bulas de Alejandro VI	82
3.2 Intentos de Unidad Legislativa de España ante los territorios conquistados	88

3.2.1. Las Siete Partidas	90
3.3 El Poder Soberano del Rey	95
3.4 Las Reales Audiencias de las Indias	97
CAPÍTULO 4	102
LA CODIFICACIÓN GUATEMALTECA Y PANORÁMICA ACTUAL.....	102
4.1 Los Códigos Penales Promulgados en Guatemala a través del Tiempo 102	
4.1.1. Los Códigos de Livingston.....	102
4.1.2. La Codificación Liberal – Código de 1877	103
4.1.3. El Código de 1889	104
4.1.4. El Código de 1936	104
4.2 Código Penal actual y sus influencias	105
4.3 Reformas al Código Penal	107
CAPÍTULO 5	110
LA LEGISLACIÓN PENAL ESPECIAL Y DE EMERGENCIA	110
5.1 Definición de legislación penal especial y de emergencia	110
5.2 Justificaciones de la Ley Penal de Emergencia	113
5.3 Antecedentes Históricos en Guatemala de la Ley Penal Especial.....	114
5.4 Legislación Penal Especial y de Emergencia en la Época Contemporánea de Guatemala	115
CAPÍTULO FINAL.....	124
PRESENTACIÓN, DISCUSIÓN Y ANÁLISIS DE RESULTADOS	124
1. PRESENTACIÓN	124
1.1 Legislación Comparada	124
CONCLUSIONES	129
RECOMENDACIONES	130
LISTADO DE REFERENCIAS	131
ANEXOS	142
CUADROS DE COTEJO	142

RESUMEN DE LA INVESTIGACIÓN

El presente trabajo de investigación desarrolla la evolución del Derecho Penal en Guatemala, desde su concepto, sus diferentes tipos, etapas de desarrollo, tanto en la época pre-colombina como en la etapa de la colonización española, así como las instituciones jurídicas que fueron establecidas dentro de dichas etapas.

Se desarrollan también las diferencias entre el Derecho Penal estatal y el Derecho Penal Indígena, sus principios y contenidos, y la forma en que ambos se coordinan dentro de un mismo ámbito espacial y cómo el conflicto armado interno influyó en el desarrollo del Derecho Indígena. Asimismo, se desarrolla también la concepción y evolución de la Alcaldía Indígena como una institución del sistema de Derecho Indígena.

Para ayudar a la comprensión de la evolución de la legislación, se estudian también los cambios en la codificación penal, la legislación penal y de emergencia que se han dado en Guatemala, apoyándose para el efecto en la comparación de los Códigos Penales y las leyes penales especiales que han existido en el país con los existentes en México, El Salvador y Argentina.

INTRODUCCIÓN

La presente tesis forma parte del proyecto de investigación llevado a cabo por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Rafael Landívar, dentro del desarrollo del Manual de Derecho Penal. El citado manual ha sido dividido en varias partes, desarrolladas cada una de forma individual, para formar un todo.

La parte desarrollada a continuación, que a su vez constituye el trabajo de graduación de la suscrita, se titula “Historia del Derecho Penal Guatemalteco”, y tiene como objetivo principal desarrollar cómo ha evolucionado el Derecho Penal en Guatemala desde los tiempos pre-colombinos hasta la época contemporánea, analizando las instituciones jurídicas coloniales y su influencia en las instituciones jurídicas actuales. Se desarrolla también el derecho penal indígena, como concuerda, y así también difiere, con el derecho estatal, y la evolución de la codificación y legislación penal en Guatemala.

En el capítulo uno se desarrolla el concepto de Derecho Penal desde el punto de vista de diversos autores, cuál es su función, de dónde deviene, qué regula y qué contiene. A continuación se definen las dos ramas principales del Derecho Penal, siendo estos el Derecho Penal Subjetivo o *IUS PUNIENDI*, que comprende la facultad que tiene el Estado haciendo uso de su poder legislativo de determinar los delitos y las penas correspondientes a los mismos y asegurar su cumplimiento a través de sus órganos jurisdiccionales; y el Derecho Penal Objetivo o *IUS POENALE*, que comprende el conjunto de normas jurídicas, emanadas del Estado a través del *ius puniendi*, que definen los delitos y las penas que se aplican, conteniendo los límites para asegurar el balance en su aplicación.

Seguidamente se explican las etapas de evolución del Derecho Penal, principiando por la época de La Venganza Privada o *IUS TALION*, durante la cual se utilizaba la venganza como una forma de retribución por los daños que

las personas sufrían causados por otras personas; luego se encuentra La Venganza Divina, etapa durante la cual debido a la conversión del Estado a la religión, las ofensas se tomaban como proferidas directamente a Dios y no al individuo al que le fueron causadas, lo que causó que se buscará la venganza para agradar a Dios. Al ejercer el Estado su poder soberano en la imposición de penas, se da la etapa de La Venganza Pública, durante la cual se dieron penas excesivas a los delitos cometidos por no existir un control proveniente del mismo Estado para delimitarlas.

Con el Renacimiento y la corriente de pensamiento de la Ilustración llega el Período Humanitario, dentro del cual se logran avances dentro de la aplicación de las penas y la división del Estado y el derecho, con obras como “El Espíritu de las Leyes”, de Montesquieu, y “El Contrato Social” de Juan Jacobo Rousseau. A esta le sigue la Etapa Científica, durante la cual se busca dar una funcionalidad definida a las penas impuestas, se desarrolla en su mayoría en Alemania y el mayor logro alcanzado durante esta etapa fue la codificación, logrando así el principio de legalidad para el Derecho Penal. Finalmente se llega a la Etapa Moderna del Derecho Penal, en la que el mismo se estudia ya como una ciencia jurídica.

El capítulo dos se centra en el Derecho Penal Indígena, comenzando con el derecho consuetudinario indígena, que es el conjunto de las normas, tradiciones, reglas y valores que regulan la vida en sociedad, caracterizados por estar fundamentados en la cultura y cosmovisión de los pueblos indígenas. Se amplía este concepto dentro del denominado Derecho Penal Indígena, que desarrolla las autoridades e instituciones que aplican el derecho consuetudinario dentro de su ámbito espacial, y que es en esencia un derecho conciliador, basado en el diálogo, que no busca sancionar sino enseñar y restablecer el equilibrio dentro de la comunidad en la cual se aplica.

Para lograr estos fines, se cuentan con diversas instituciones como lo es la Alcaldía Indígena, que se caracterizan porque funcionan a partir de un sistema legal propio, aplicado a determinada población y, que si bien es cierto, existía de cierta forma antes de la conquista de América, al darse la colonización se adoptó la forma de la Alcaldía, la cual ha sufrido cambios durante todo el desarrollo socio-políticos de Guatemala, hasta llegar a su conformación actual, que fue reconocida dentro de los Acuerdos de Paz. En este capítulo se desarrolla también como el conflicto armado y la subsecuente firma de la paz afectó el Derecho Indígena, desde la eliminación sistemática de una generación entera de líderes indígenas y de la exclusión por parte del Estado de dicho sistema de Derecho.

El capítulo tres comprende lo relacionado al Derecho Penal Colonial, como el mismo fue adaptado del Derecho aplicado en Europa a los nuevos territorios conquistados en América y cómo los conflictos que se generaron por la tenencia legítima de los mismos influyo en la forma de evolucionar del Derecho Penal. Para tratar ese tema, se desarrollan las llamadas Bulas de Alejandro VI, que fueron en esencia permisos especiales concedidos a España y Portugal por el Papa Alejandro VI, en los que se delimitaban los territorios a ser explorados y colonizados por dichas naciones y así justificar su propiedad sobre los territorios americanos.

Derivado de estos conflictos, se dio también la problemática de la aplicación de las leyes de los conquistadores sobre los nuevos territorios, por lo que se realizaron varios intentos de recopilación de las leyes, siendo uno de los principales las Siete Partidas de Alfonso X El Sabio. Dentro de dichas partidas se recogieron los temas más importantes sobre la aplicación de justicia. Dentro de este capítulo también se desarrolla como el Rey tenía poder absoluto sobre los nuevos territorios, sus facultades para nombrar a los jueces y dictar la forma de impartir justicia. La justicia durante la época colonial fue impartida a través de

la Real Audiencia de las Indias, que fue el tribunal nombrado por el Rey para impartir justicia civil y penal, y cuya estructura se trata en este capítulo.

El capítulo cuatro contiene el análisis de los cambios que ha sufrido la codificación penal en Guatemala, que durante la evolución del país han sido promulgados cinco códigos penales. Se establece la época durante la cual fue promulgado cada uno, su contenido, estructura, aportes y corrientes que se siguieron para su elaboración, así como las diferentes reformas que ha sufrido el código que actualmente se encuentra vigente.

El capítulo cinco contiene lo relacionado a la ley penal especial y la ley penal de emergencia, siendo la primera todas aquellas leyes que regulan delitos o faltas, aún sin ser parte de un código penal, y que generalmente regulan materias específicas; y la segunda, la ley penal de emergencia, todas aquellas leyes que fueron promulgadas durante un tiempo en el que las garantías Constitucionales se encuentran en suspenso y que se dieron para regularizar esas situaciones y generalmente son de carácter temporal. La ley penal de emergencia más reciente en Guatemala fue la que creó los Tribunales de Fuero Especial.

Para la realización del presente trabajo de investigación se utilizaron diferentes recursos para obtener la información necesaria para el desarrollo, consistente en fuentes bibliográficas obtenidas tanto de bibliotecas universitarias como de bibliotecas privadas. Sin embargo, por ser la misma una investigación enfocada a la historia de una rama del Derecho, se presentaron límites en cuanto a la falta de información de determinados temas, por lo que fue necesario recurrir a fuentes de información no tradicionales como fueron páginas de internet, tesis de graduación, publicaciones de diferentes entes de investigación y de instituciones públicas.

El alcance de la presente investigación está conformado por un análisis comparativo entre los Códigos Penales de la República de Guatemala, El

Salvador, México y Argentina, tomando como puntos de referencia la cantidad de Códigos Penales que han sido promulgados a lo largo de su historia, si contienen o no una definición de delito y pena, si se regula o no el principio de legalidad, la aplicación de la ley más favorable al reo, la relación de causalidad, las eximentes de la responsabilidad penal y los agravantes; así como también la existencia o no de una legislación penal especial y de emergencia dentro de dichos países. Todo esto con la finalidad de establecer las similitudes y diferencias entre las legislaciones y así comprender como ha evolucionado el Derecho Penal en Guatemala.

Dentro de las unidades de análisis utilizadas se encuentran el Código Penal, Decreto 17-73 (Guatemala); Código Penal de la Nación Argentina, Ley 11.179 (Argentina); Régimen Penal de Menores, Ley 22.278 (Argentina); Delitos Contra la Salud Pública-Estupefacientes, Ley 26.052 (Argentina); Fuero de Familia y Penal Juvenil de la Provincia de Buenos Aires, Ley 13.634 (Argentina); Código Penal, Decreto 1030 (El Salvador); Ley Contra El Crimen Organizado y Delitos de Realización Compleja, Decreto 190 (El Salvador); Ley Contra el Lavado de Dinero y Activos, Decreto 498 (El Salvador); Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, Decreto 153 (El Salvador); Ley Penal Juvenil, Decreto 863 (El Salvador); y, Código Penal Federal, Publicado el 14 de agosto de 1931 (México).

El aporte de la presente investigación se constituye por el análisis que se presenta en el capítulo final de la misma, el cual comprende las diferencias y similitudes que existen entre los Códigos Penales de la República de Guatemala, El Salvador, México y Argentina, que incluye la cantidad de Códigos Penales que han sido promulgados a lo largo de su historia, si contienen o no una definición de delito y pena, si se regula o no el principio de legalidad, la aplicación de la ley más favorable al reo, la relación de causalidad, las eximentes de la responsabilidad penal y los agravantes; y un análisis comparativo de la legislación penal especial y de emergencia dentro de dichos países.

CAPÍTULO 1

DERECHO PENAL

1.1 Definición

Los autores José Francisco de Mata Vela y Héctor Aníbal de León Velasco definen el derecho penal como *“parte del derecho compuesto por un conjunto de normas establecidas por el Estado que determinan los delitos, las penas y/o las medidas de seguridad que han de aplicarse a quienes los cometen.”*¹

Para el autor Francisco Pavón Vasconcelos derecho penal *“es el conjunto de normas jurídicas, de Derecho público interno, que definen los delitos y señalan las penas o medidas de seguridad aplicables para lograr la permanencia del orden social.”*²

Por su parte Eugenio Cuello Calón, citado por de León Velasco y de Mata Vela, define el derecho penal como *“el conjunto de normas jurídicas que determinan los delitos, las penas que el Estado impone a los delincuentes y las medidas de seguridad que el mismo establece.”*³

Miguel Alberto Trejo y otros señalan que *“el Derecho Penal constituye el conjunto de normas jurídico-penales establecidas por el Estado con fines preventivos y represivos, que comprenden los hechos punibles y las respectivas sanciones a quienes los cometen.”*⁴

Eugenio Raúl Zaffaroni entiende por derecho penal al *“conjunto de leyes que traducen normas tuitivas de bienes jurídicos y que precisan su alcance, cuya*

¹ De León Velasco, Héctor Aníbal y de Mata Vela, José Francisco. *Derecho penal guatemalteco*, Guatemala, Editorial Estudiantil Fénix, 2004, décimo quinta edición, pág. 5

² Pavón Vasconcelos, Francisco. *Manual de derecho penal mexicano*. México, Editorial Porrúa, S.A., 1982, quinta edición, pág. 17

³ De León Velasco, Héctor Aníbal y de Mata Vela, José Francisco. *Op.cit.*, pág. 5

⁴ Trejo, Miguel Alberto y otros. *Manual de derecho penal, parte general*. El Salvador, Centro de Investigación y Capacitación, Proyecto de Reforma Judicial, 1992, primera edición, pág. 6

violación se llama delito e importa una coerción jurídica particularmente grave, que procura evitar nuevas violaciones por parte del autor, ” y partiendo de ese enunciado “también cabe entender por derecho penal, al sistema de comprensión de ese conjunto de leyes.”⁵

Ricardo C. Núñez define el derecho penal como “*una de las ramas del derecho, esto es, del sistema normativo de las relaciones sociales de carácter jurídico, o, lo que es lo mismo, de las relaciones externas de los individuos entre sí o con el Estado. El derecho penal regula la potestad estatal de castigar, determinando lo que es punible y sus consecuencias.*”⁶

Por su parte Reinhart Maurach define el derecho penal como “*aquel conjunto de normas jurídicas que une ciertas y determinadas consecuencias jurídicas, en su mayoría reservadas a esta rama del derecho, a una conducta humana determinada, cual es el delito. La consecuencia jurídica de mayor trascendencia es la pena; en todos los casos, ella afecta exclusivamente al autor de un delito que ha actuado culpablemente. Además de la pena, el derecho dispone de las medidas preventivas, sin carácter sancionatorio y condicionadas por la peligrosidad del autor, no por su culpabilidad.*”⁷

Para Guillermo Sauer el derecho penal “*tiene la tarea de crear los principios y las reglas según las cuales el delito ha de ser tratado, a tenor de las exigencias estatales, culturales, sociales y éticas.*”⁸ Continúa Sauer diciendo que “*el Derecho Penal es según su esencia y contenido el tratamiento jurídico y ético social del delito.*”⁹

⁵ Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal, parte general*, Argentina, EDIAR Sociedad Anónima Editora Comercial, Industrial y Financiera, 1987, primera edición, pág. 24

⁶ Núñez, Ricardo C. *Manual de derecho penal, parte general*, Argentina, Marcos Lerner Editora Córdoba, 1977, tercera edición, pág. 13

⁷ Maurach, Reinhart. *Derecho Penal, parte general*, Argentina, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1994, séptima edición, pág. 4

⁸ Sauer, Guillermo. *Derecho Penal, parte general*. España, BOSCH Casa Editorial, 1956, primera edición, pág. 7

⁹ *Ibid.*, pág. 8

Oscar Zeceña comienza por decir que el derecho penal *“estudia el delito, el delincuente, la pena y sus relaciones, en virtud de la regla jurídica o social que asocia los unos a los otros, por lo que resulta siendo el conjunto de principios mediante los cuales el Estado determina tanto, los delitos como las penas aplicables a los delincuentes, regulando la aplicación concreta de las mismas a los casos de incriminación.”* Y continúa diciendo que el *“el Derecho Penal es la disciplina jurídica y social que estudia el delito, el delincuente, y las sanciones que han de imponerse a este último.”*¹⁰

Carlos Fontán Balestra indica que el Derecho Penal *“es una ciencia jurídica y su estudio cumple idéntica finalidad que el de cualquier otra rama del derecho, al interpretar y elaborar los principios contenidos en la ley.”*¹¹ Complementa su concepto al ampliar el concepto de Sociología Criminal de Enrico Ferri, que es *“la ciencia de los delitos y de las penas reformada por el método positivo y basada sobre los datos científicos de la antropología y la Estadística criminal.”*¹²

Luis Jiménez de Asúa define el Derecho Penal como el *“conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto del delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo, asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora.”*¹³

Para Carlos Creus el Derecho Penal es el *“conjunto de leyes que describen delitos mediante la asignación de una pena para el autor de la conducta que los*

¹⁰ Zeceña, Oscar. *Derecho Penal Moderno*, Guatemala, Universidad de San Carlos de Guatemala, 1948, pág. 10

¹¹ Fontán Balestra, Carlos. *Tratado de Derecho Penal Tomo I*, Argentina, Abeledo-Perrot, 1995, segunda edición, pág.33

¹² *Ibid.*, pág.33

¹³ Jiménez de Asúa, Luis. *Tratado de Derecho Penal, Tomo I*, Argentina, Editorial Losada, S.A., 1964, cuarta edición, pág. 33

constituya, o la sustituye en ciertos casos por una medida de seguridad, estableciendo a la vez las reglas que condicionan la aplicación de las mismas.”¹⁴

Según Griselda Amuchategui Requena el Derecho Penal es “*el conjunto normativo perteneciente al derecho público interno, que tiene por objeto al delito, al delincuente y la pena o medida de seguridad, para mantener el orden social mediante el respeto de los bienes jurídicos tutelados por la ley. De la noción anterior se colige que el derecho penal pretende preservar un equilibrio que dé seguridad a los miembros de la sociedad.*”¹⁵

M. Cobo del Rosal y T.S. Vives Antón definen el Derecho Penal como “*conjunto de normas jurídico positivas, reguladoras del poder punitivo del Estado que definen como delitos o estados peligrosos determinados presupuestos a los que asignan ciertas consecuencias jurídicas denominadas penas o medidas de seguridad.*”¹⁶

Según Edmund Mezger, el Derecho Penal es “*el conjunto de las normas jurídicas que vinculan la pena, como consecuencia jurídica, a un hecho cometido. Pero, derecho penal es también el conjunto de aquellas normas jurídicas que, en conexión con el derecho penal antes definido, vinculan al hecho cometido consecuencias jurídicas de otra naturaleza, para el castigo del hecho o para la prevención de delitos futuros.*”¹⁷

¹⁴ Creus, Carlos. *Derecho Penal Parte General*, Argentina, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1990, primera edición, pág. 4

¹⁵ Amuchategui Requena, Griselda. *Derecho Penal*, México, Oxford University Press, 2001, segunda edición, pág. 13

¹⁶ Cobo del Rosal, M. y Vives Antón T.S. *Derecho Penal*, España, Tirant lo Blanch, tercera edición, Pág.33

¹⁷ Mezger, Edmund. *Derecho Penal Parte General*, Argentina, Editorial Bibliográfica Argentina, 1958, pág. 27

Por su parte Enrique Bacigalupo Z. define el Derecho Penal como “*un conjunto de normas y de reglas para la aplicación de las consecuencias jurídicas que amenazan la infracción de aquellas.*”¹⁸

Claus Roxin dice que “*El Derecho penal se compone de la suma de todos los preceptos que regulan los presupuestos o consecuencias de una conducta conminada con una pena o con una medida de seguridad y corrección.*”¹⁹

Para Francisco Pavón Vasconcelos el Derecho Penal “*es el conjunto de normas jurídicas, de Derecho público interno, que definen los delitos y señalan las penas o medidas de seguridad aplicables para lograr la permanencia del orden social.*”²⁰

Dentro del desarrollo del presente trabajo es importante entender que es y a que se refiere el derecho penal para poder comprender su evolución y como el derecho penal actual ha sido influido por las diferentes etapas del mismo hasta llegar a la situación en que se encuentra actualmente. Como ha sido afectado su desarrollo por la aplicación de otros sistemas jurídicos que intentan regular su mismo ámbito de aplicación y la evolución de la legislación conforme a las situaciones y necesidades de la sociedad en diferentes tiempos.

De las definiciones antes citadas podemos concluir que el Derecho Penal propiamente dicho, se refiere a la rama del derecho público que estudia, no solamente las normativas emanadas del Estado, en su carácter de ente regulador y garante de la seguridad jurídica y material de sus pobladores, que comprenden las conductas consideradas como punibles, las penas o medidas que se aplican a quienes cometen dichos actos, las formas de resarcir los daños causados por dichas conductas antijurídicas y las medidas preventivas de las

¹⁸ Bacigalupo Z., Enrique. *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Colombia, Editorial Temis S.A., 1996, Tercera Reimpresión, pág. 3

¹⁹ Roxin, Claus. *Derecho Penal, Parte General, Tomo I*, España, Civitas, 1997, primera edición, pág. 41

²⁰ Pavón Vasconcelos, Francisco. *Op.cit.*, pág. 17

mismas; sino también como la ciencia encargada de estudiar los métodos de comprensión y aplicación de ese conjunto de normativas ante y por el Estado, de una manera justa, equitativa y ética para lograr la convivencia armónica y balanceada dentro de una sociedad organizada en el ejercicio de su poder sancionador.

1.2 Derecho Penal Subjetivo (IUS PUNIENDI)

Para José Francisco de Mata Vela y Héctor Aníbal de León Velasco el *Ius Puniendi* "es la facultad de imponer penas que tiene el Estado como único ente soberano (*Fundamento filosófico del Derecho Penal*); es el derecho del Estado a determinar los delitos, señalar, imponer y ejecutar las penas correspondientes o las medidas de seguridad en su caso. Si bien es cierto la potestad de "penar" no es un simple derecho, sino un atributo de la soberanía estatal, ya que es al Estado con exclusividad a quien corresponde esta tarea, ninguna persona (individual o jurídica), puede arrogarse dicha actividad que viene a ser un monopolio de la soberanía de los Estados."²¹

Jiménez de Asúa establece que "*El Derecho penal...en sentido subjetivo es la facultad de castigar: el ius puniendi. El Derecho penal subjetivo no es ilimitado, pues el Estado, en el ejercicio del poder de castigar, tiene que limitarse a sí mismo, fijando el supuesto y el contenido de su actuación (el crimen y la pena).*"²²

Para Carlos Creus el Derecho Penal Subjetivo es "*la potestad del Estado de castigar, esto es, de imponer penas,*"²³ lo cual se complementa con lo expuesto por Griselda Amuchategui Requena, quien define lo define como "*la protesta*

²¹ De León Velasco, Héctor Aníbal y de Mata Vela, José Francisco. *Op.cit.*, pág. 4

²² Jiménez de Asúa, Luis. *Op.cit.*, pág. 72

²³ Creus, Carlos. *Op.cit.*, pág. 5

jurídica del Estado de amenazar, mediante la imposición de una pena, al merecedor de ella.”²⁴

M. Cobo del Rosal y T.S. Vives Antón definen el Derecho Penal en sentido subjetivo como *“la potestad atribuida a determinados órganos del Estado para imponer las penas y medidas de seguridad determinadas en las leyes cuando concurren los presupuestos establecidos en ellas.”²⁵*

Por su parte Carlos Fontán Balestra define el Derecho Penal Subjetivo como *“la facultad que el Estado tiene de definir los delitos y fijar y ejecutar las penas o medidas de seguridad,”* agregando que la misma es facultad *“porque el Estado, y sólo él, por medio de sus órganos legislativos, tiene autoridad para dictar leyes penales.”²⁶*

Francisco Pavón Vasconcelos lo define como *“la facultad del Estado para crear los delitos, las penas y las medidas de seguridad aplicables a quienes los cometan, o a los sujetos peligrosos que pueden delinquir.”²⁷*

Carmelo Madrigal García y Juan Luis Rodríguez Ponz definen el derecho penal subjetivo como *“la facultad que tiene el Estado, y solamente él, de definir los delitos y determinar, imponer y ejecutar las penas, entendiendo ambas expresiones en su más amplio sentido de infracción y de sanción...equivale, por lo tanto, al ‘ius puniendi’ o facultad del Estado para penar; pero esta potestad no es ilimitada, tiene sus fronteras infranqueables en los derechos de la persona.”²⁸*

Habiendo concluido en un concepto de Derecho Penal y de cómo se divide en dos ramas principales, y citando los conceptos esbozados por los diferentes

²⁴ Amuchategui Requena, Griselda. *Op.cit.*, pág.14

²⁵ Cobo del Rosal, M. y Vives Antón T.S. *Op.cit.*, Pág.54

²⁶ Fontán Balestra, Carlos. *Op.cit.*, pág.35

²⁷ Pavón Vasconcelos, Francisco. *Op.cit.*, pág. 17

²⁸ Madrigal García, Carmelo y Rodríguez Ponz, Juan Luis. *Derecho Penal Parte General Judicatura*, Madrid, Editorial Carperi, 2004, pág. 1

autores, podemos concluir que, el Derecho Penal Subjetivo o IUS PUNIENDI es la facultad, la potestad y la soberanía que tiene un Estado de delimitar y normar los actos que son clasificados como delitos y a su vez las penas que conlleva la comisión de dichos actos a través de sus órganos legislativos y asegurar el cumplimiento y ejecución de dichas penas a través de los organismos judiciales, es el derecho de castigar las conductas antijurídicas que atentan contra el desarrollo ideal de la sociedad que el Estado busca proteger. La finalidad del Ius Puniendi es en esencia desalentar en las personas el querer cometer un acto que pueda acarrearles consecuencias negativas mediante la amenaza de la imposición de una pena. El Ius Puniendi no se limita al concepto de “derecho del Estado,” puesto que es un elemento esencial de la soberanía del mismo en el entendido que esta facultad es exclusiva del Estado, las penas no pueden ser establecidas por ningún otro ente jurídico o individual.

1.3 Derecho Penal Objetivo (IUS POENALE)

Para Carlos Fontán Balestra la definición de Derecho Penal Objetivo es “*el conjunto de normas legales, que asocian al crimen como hecho, la pena como legítima consecuencia.*”²⁹

Por su parte Griselda Amuchategui Requena indica que el Derecho Penal Objetivo “*lo constituye el conjunto de normas jurídicas emanadas del poder público que establecen los delitos y señalan las penas y medidas de seguridad así como su forma de aplicación*”³⁰

Carmelo Madrigal García lo define como “*el conjunto de reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian al crimen como hecho y la pena como legítima consecuencia.*”³¹

²⁹ Fontán Balestra, Carlos. *Op.cit.*, pág.35

³⁰ Amuchategui Requena, Griselda. *Op.cit.*, pág.14

³¹ Madrigal García, Carmelo. *Op.cit.*, pág. 1

Los autores José Francisco de Mata Vela y Héctor Aníbal de León Velasco definen el Derecho Penal Objetivo o Ius Poenale como *“el conjunto de normas jurídico-penales que regulan la actividad punitiva del Estado; que determinan en abstracto los delitos, las penas y las medidas de seguridad, actuando a su vez como un dispositivo legal que limita la facultad de castigar del Estado, a través del principio de legalidad, de defensa o de reserva.”*³²

De las definiciones de los diferentes autores podemos concluir que el Ius Poenale o Derecho Penal Objetivo es el conjunto de normas jurídicas, emanadas del Estado en el uso de su facultad legislativa (IUS PUNIENDI) que definen los hechos jurídicos que tienen el carácter de delitos y las penas que se aplican a dichos delitos como consecuencia de su comisión, pero al mismo tiempo contiene las limitantes para asegurar que las penas aplicadas sean adecuadas y no sobrepasen los límites de la gravedad del hecho cometido.

1.4 Evolución Histórica del Derecho Penal

Según los autores José Francisco de Mata Vela y Héctor Aníbal de León Velasco *“se ha dicho que el Derecho Penal es tan antiguo como la humanidad misma, ya que son los hombres los únicos protagonistas de esta disciplina, de tal manera que las ideas penales han evolucionado a la par de la sociedad,”* y en ese entendido *“en el devenir histórico de las ideas penales, la función de castigar ha tenido diversos fundamentos en diferentes épocas.”*³³

1.4.1 La Venganza Privada IUS TALION

Siguiendo lo expuesto por de Mata Vela y de León Velasco, *“cuando el poder público no poseía aún el vigor necesario para imponerse a los particulares, la función penal revestía el aspecto de una venganza; la venganza particular entonces se ha tomado como el inicio de la retribución penal.”* En cuanto a cómo

³² De León Velasco, Héctor Aníbal y de Mata Vela, José Francisco. *Op.cit.*, pág. 4

³³ *Ibid.*, pág. 15

se desarrolla, expresan los autores que *“la época de la venganza privada es la época bárbara, puesto que se accede al impulso de un instinto de defensa, ante la reacción provocada por un ataque que se considera injusto. Como en dicha época no se encontraba organizada jurídicamente la sociedad, es decir, no se encontraba organizado el Estado, los individuos que se sentían ofendidos en sus derechos acudían a una defensa individual y cada quien se hacía ‘justicia’ por su propia mano.”* Esta actitud de venganza desmedida fue atenuada por lo que se conoce como LEY DEL TALIÓN *“según la cual no podía devolverse al delincuente un mal mayor que el inferido a su víctima –ojo por ojo, diente por diente- reconociendo así el grupo o la colectividad que el ofendido sólo tenía derecho a una venganza de igual magnitud al mal sufrido.”*³⁴

Manzini citado por Ricardo C. Núñez explica que *“la venganza fue la primera finalidad del castigo de las ofensas a la persona y a los derechos por manos de terceros.”*³⁵ Continúa manifestando Núñez que *“la idea de la pena nació en los hombres primitivos del sentimiento de la venganza, que es una manifestación espontánea del carácter humano frente a las ofensas incluso de seres irracionales y, si se puede decir, de las cosas inanimadas...La venganza aparece en su primer período bajo la forma de un derecho individual, cuyos límites dependían en absoluto del puro arbitrio del interés de uno o de pocos. Más tarde pasó a ser un medio para regular las ofensas entre los grupos sociales no sometidos a una autoridad común.”* Y es allí, como explica Núñez que el Talión regula la venganza primitiva ya que *“fue la expresión de una venganza que ya no estaba totalmente regulada por los principios subjetivos y arbitrarios de la pasión y del interés. El Talión presenta una limitación objetiva de la venganza mediante la proporción del castigo a la materialidad de la ofensa,”* indica también que el concepto de La Ley del Talión se encuentra expresado en el Libro del Éxodo en

³⁴ *Ibid.*, pág. 15 a la 17

³⁵ Núñez, Ricardo C. *Op.cit.*, pág. 42

la Biblia y en “el Código de Hammurabi, en la legislación mosaica y en la Ley de las XII Tablas.”³⁶

Carlos Fontán Balestra por su parte considera que con la Ley del Talión “*la pena pasa de privada a pública, lo que supone un marcado progreso social y un avance en el ámbito de nuestra disciplina...El talión impone la regla que importa la retribución del mal por un mal igual. El ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, etc., señaló un evidente progreso con respecto a las etapas anteriores, pues revela que existe ya un sentido de la proporcionalidad de la pena al limitar la extensión de la venganza, impidiendo que el daño que esta cause sea a menudo ilimitado, y, por lo común, mayor que el que lo motiva.*” Fontán Balestra amplía lo contenido en el Código de Hammurabi acerca de la Ley del Talión indicando que el mismo “*instituye en forma expresa el sistema del talión, aunque estableciendo diferencias cuando el hecho tiene por protagonistas hombres libres, en cuyo caso se aplica estrictamente, y cuando el daño es ocasionado por uno de aquéllos a un esclavo, permitiéndose, entonces, una reparación pecuniaria.*” Y sintetiza el concepto diciendo que “*el principio que informa la ley del talión es el de proporción entre el daño causado y el castigo que se impone al culpable, y tiende a evitar las reacciones indeterminadas de los damnificados.*”³⁷

De acuerdo con Francisco Pavón Vasconcelos “*en los tiempos más remotos la pena surgió como una venganza del grupo, reflejando el instinto de conservación del mismo, la expulsión del delincuente se consideró el castigo más grave que podía imponerse, por colocar al infractor en situación de absoluto abandono y convertirlo en propicia víctima, por su desamparo, de agresiones provenientes de miembros de su propio grupo o de elementos extraños a este.*”³⁸

³⁶ *Ibid.*, pág. 42 a la 44

³⁷ Fontán Balestra, Carlos. *Op.cit.*, pág. 95 y 96

³⁸ Pavón Vasconcelos, Francisco. *Op.cit.*, pág. 49

Dentro de la venganza privada aparecen limitantes a la pena que buscaban evitar que la cohesión social del grupo se viese afectada por la venganza de sangre. Entre estas se encontraba La Composición.

La Composición según Carlos Fontán Balestra consiste en *“el reemplazo de la pena por un pago en dinero, y se extiende a la mayoría de los pueblos que conocen ese sistema de intercambio...la composición en sí o wergeld de los germanos es la suma que se abona al ofendido o a su familia, y el fredo, la que percibe la autoridad, como contraprestación de sus servicios tendientes a asegurar el orden y la efectividad de las composiciones.”*³⁹ De Mata Vela y de León Velasco también describen la Composición como la forma *“a través de la cual el ofensor o su familia entregaban al ofendido y los suyos cierta cantidad para que éstos no ejercitaran el derecho de la venganza.”*⁴⁰

Pavón Vasconcelos indica que la Composición fue un *“instituto de importancia relevante en algunos pueblos y que vino a sustituir el mal de la pena mediante una compensación económica dada al ofendido o a la víctima del delito, constituyó una nueva limitación de la pena por el pago de una cierta cantidad de dinero por lo que tuvo acogida entre aquellos pueblos que conocieron el sistema de intercambio monetario...en un principio era voluntaria, se convirtió en obligatoria y legal posteriormente, evitándose así las inútiles luchas originadas por la venganza privada.”*⁴¹

De lo establecido por los autores citados podemos comprender que, la época de la venganza privada o Ius Talió, nace de la necesidad de los grupos sociales de buscar una forma de retribución por los daños o agravios que las personas sufrían en sus derechos. Esto aunado a la falta de una regulación oficial por no estar aún definida la forma del Estado llevó a los hombres a utilizar la venganza como una equiparación de justicia. Inicia siendo una venganza directa de

³⁹ Fontán Balestra, Carlos. *Op.cit.*, pág. 96

⁴⁰ De León Velasco, Héctor Aníbal y de Mata Vela, José Francisco. *Op.cit.*, pág. 17

⁴¹ Pavón Vasconcelos, Francisco. *Op.cit.*, pág. 51

hombre a hombre, pero conforme a la evolución de la sociedad, se acopla a la nueva forma de la sociedad, es decir al recién formado Estado y se regula en las primeras “legislaciones.” De esta evolución se evidencian los excesos que conllevaba la venganza, por lo que se desarrollan las limitaciones a la venganza, como lo fue la Composición, que consistía en retribuir al afectado o a su familia de forma pecuniaria por el daño causado y al Estado por prevenir la venganza.

1.4.2 La Venganza Divina

Según lo explicado por de Mata Vela y de León Velasco en la época de la Venganza Divina *“se sustituye la voluntad individual del vengador por una voluntad divina a la que corresponde la defensa de los intereses colectivos lesionados por el delito. La justicia penal se ejercita en el nombre de Dios, los jueces juzgan en su nombre, y las penas se imponían para que el delincuente expíe su delito y la divinidad deponga su cólera.”*⁴²

Lo anterior es ampliado por Carlos Fontán Balestra señalando que *“no hay en ese tiempo separación entre el proceso civil y el penal, cuyos medios de prueba decisivos son el juramento purgatorio y el juicio de Dios. El primero de ellos era empleado en los casos en que no existían elementos probatorios y consistía en la invocación de Dios, por parte del demandado, como testigo de su inocencia, o vengador en caso de culpabilidad, mientras que el segundo está constituido por los variados actos de la prueba procesal, por medio de los cuales se trata de consultar la voluntad de Dios, siendo los más frecuentes las pruebas del fuego y del agua y el combate judicial.”*

Francisco Pavón Vasconcelos atribuye al Pentateuco, los cinco libros que integran la primera parte del Antiguo Testamento de la biblia cristiana y donde se establecen las normas de Derecho del Pueblo de Israel, el inicio de la Venganza Divina: *“El derecho de castigar (ius puniendi) proviene de la divinidad y el delito*

⁴² De León Velasco, Héctor Anibal y de Mata Vela, José Francisco. *Op.cit.*, pág. 18

*constituye una ofensa a ésta. La pena, en consecuencia, está encaminada a borrar el ultraje a la divinidad, a aplacar su ira, identificándose, para el delincuente, con el medio de expiar su culpa.*⁴³

Ricardo C. Núñez indica que *“debido a la influencia de las supersticiones en la vida política de los pueblos, la venganza de tipo civil, que iba encontrando medios regulatorios más razonables, fue desplazada por la de tipo religioso. La finalidad práctica de la represión no fue ya vengar el daño causado al ofendido, a su familia o al grupo social, sino vengar la ofensa causada a Dios.*⁴⁴

Según explica Carlos Creus *“casi todo el derecho penal de las antiguas sociedades tenía un fundamento religioso, ya por asentar en reglas de conducta de esa procedencia, ya por aparecer la imposición de la pena como un castigo de esa índole y el delito como ofensa a la divinidad.*⁴⁵

Puede concluirse que durante la época de la venganza divina el Estado se encontraba debidamente establecido bajo normas sociales que buscaban la armonía entre los pobladores y, por este hecho, el derecho penal sufrió una transformación hacía lo religioso, dictado principalmente por la superstición que las ofensas proferidas no afectaban a la persona que las sufría sino que afectaban directamente a Dios, y por tanto la forma en que se juzgaba al ofensor, así como las penas impuestas, provenían directamente de Él y buscaban vengarle para apaciguar su ira y así evitar repercusiones sobre toda la sociedad por el acto cometido por un individuo.

1.4.3 La Venganza Pública

⁴³ Pavón Vasconcelos, Francisco. *Op.cit.*, pág. 51

⁴⁴ Núñez, Ricardo C. *Op.cit.*, pág. 44

⁴⁵ Creus, Carlos. *Op.cit.*, pág. 33

De Mata Vela y De León Velasco explican que durante la época de la Venganza Pública *“se deposita en el poder público la representación de la vindicta social respecto de la comisión de un delito. El poder público (representado por el Estado), ejerce la venganza en nombre de la colectividad o de los individuos cuyos bienes jurídicos han sido lesionados o puestos en peligro...se convirtió en una verdadera venganza pública que llegó a excesos, caracterizándose por la aplicación de las penas inhumanas y totalmente desproporcionadas con relación al daño causado.”*⁴⁶

Y citando los mismos autores a Cuello Calón indican que *“el poder público no vaciló en aplicar las penas más crueles, la de muerte acompañada de formas de agravación espeluznante, las corporales consistentes en terribles mutilaciones, las infamantes, las pecuniarias impuestas en forma de confiscación. La pena para ciertos delitos trascendía a los descendientes del reo y ni la tranquilidad de las tumbas se respetaba, pues se desenterraban cadáveres y se les procesaba...dominaba una completa arbitrariedad, los jueces y tribunales tenían la facultad de imponer penas no previstas en la ley, incluso podían incriminar hechos no penados como delitos.”*⁴⁷

Pavón Vasconcelos indica que *“en esta etapa de la evolución de las ideas penales, se transforman los conceptos de pena y función represiva, dándoseles un carácter eminentemente público.”* Y nuevamente citando a Cuello Calón indica que *“se caracteriza por la aspiración de mantener, a toda costa, la tranquilidad pública.”*⁴⁸

Carlos Creus por su parte indica que *“es solo a partir del derecho griego que se afirma el sentido laico del derecho penal, dirección que encuentra su consagración definitiva en el derecho romano, con el que, a la vez, se termina la evolución en pos del carácter público de aquél, porque si bien originalmente*

⁴⁶ De León Velasco, Héctor Aníbal y de Mata Vela, José Francisco. *Op.cit.*, pág. 18

⁴⁷ *Loc. Cit.*

⁴⁸ Pavón Vasconcelos, Francisco. *Op.cit.*, pág. 54

existió en él una distinción entre delitos públicos que eran perseguidos por el Estado, y privados que eran perseguidos por los particulares, ella fue perdiendo vigencia, hasta que en la época del Imperio la función penal quedó exclusivamente en manos del emperador (con jueces que actuaban en su nombre.”⁴⁹

Según lo expuesto por los autores citados podemos decir que la época de la Venganza Pública marca el cambio entre las penas impuestas por los particulares a las impuestas por el Estado. Los delitos y las penas pasan a ser delimitados y aplicados por el Estado en ejercicio de su poder soberano, en busca de la tranquilidad colectiva de la sociedad. Y es en aras de esta búsqueda que las penas llegaron a ser excesivas, inhumanas, y desmedidas por no existir mecanismos de control que delimitaran un límite y una valoración adecuada a la gravedad del delito cometido en relación con la pena impuesta a quien lo cometía.

1.4.4 Período Humanitario

Tal y como lo explican De Mata Vela y De León Velasco, el período Humanitario, Humanista o La Ilustración “*comienza a fines del siglo XVIII con la corriente intelectual del ‘Iluminismo’ y los escritos de Montesquieu, D’Alambert, Voltaire y Rousseau, pero es indiscutible y aceptado unánimemente que su precursor fue el milanés César Bonnesana, el Marqués de Beccaria, que en el año de 1764 (a la par de que se gestaba la Revolución Francesa con la filosofía Iluminista), publicó su famosa obra denominada ‘DEL DELITTI E DELLE PENE’ (De los delitos y de las Penas), en la cual se pronunció abiertamente contra el tomento de la pena para castigar los delitos cometido.”⁵⁰* Continúan explicando que Beccaria “*consideró que la pena es tanto más justa y útil cuanto más pronta y más vecina al delito cometido se encuentre; es más justa porque evita en el reo los inútiles y fieros tomentos de la incertidumbre que crece con el vigor de la*

⁴⁹ Creus, Carlos. *Op.cit.*, pág. 32

⁵⁰ De León Velasco, Héctor Aníbal y de Mata Vela, José Francisco. *Op.cit.*, pág. 19

imaginación y la propia flaqueza, y es más útil porque cuanto es menor la distancia de tiempo que pasa entre la pena y el delito, tanto es más fuerte y durable en el ánimo la asociación de las ideas, delito y pena, de tal modo que funcionan el uno como causa y la otra como efecto consiguiente y necesario.”⁵¹

Continuando con lo alcanzado por César Bonnesana según Sebastián Soler “*lo que fundamentalmente debe entenderse por humanización del derecho penal es la demostración que Beccaria hace de la naturaleza social y no divina o religiosa de la autoridad penal, idea de la cual derivan consecuencias fundamentales para la justicia. De ahí la necesidad de garantías legales (nullum crimen sine lege), la supresión de las torturas, la restricción de la pena a los límites de la necesidad y la firme exigencia de una manifestación externa y actuante de la voluntad criminal, no bastando para constituir delito ni los malos pensamientos ni las meras intenciones.*”⁵²

Para Carlos Creus el derecho penal de nuestros días parte del Iluminismo y de “*el rechazo del arbitrio judicial y la exigencia de ley previa para que pueda imponerse la pena, las dudas sobre la necesidad de la crueldad de ésta y la repugnancia por los procedimientos atroces de indagación...El contractualismo se presenta como la razón de ser jurídica que asegura los derechos naturales del hombre, que no pueden ser desconocidos por la sociedad civil.*” Agrega además que el libro de Beccaria “*de ninguna manera constituyó una tarea original; no hizo más que condensar una serie de ideas que venían siendo comunes en su época y aun pudo introducir desarrollos de terceros, pero sus fórmulas pasaron a constituir el bagaje indestructible de la cultura penal de entonces, motivaron su afinación en juristas de fuste e inspiraron todo un movimiento legislativo de gran revisionismo.*”⁵³

⁵¹ *Loc. cit.*

⁵² Soler, Sebastián. *Derecho Penal Argentino I parte general*, Argentina, Tipográfica Editora Argentina, 1987, quinta edición, pág. 86

⁵³ Creus, Carlos. *Op.cit.*, pág. 34

Pero no solo en Francia e Italia se vio afectado del Derecho Penal por la Ilustración, tal y como lo indica Pavón Vasconcelos, *“las obras de Grocio, Pufendorff, Tomases, Lock y otros, integraron una corriente de doctrina que cumplió una misión histórica frente a la monarquía absoluta. Según Novoa, iba a ser el movimiento ideológico del siglo XVIII, promovido por ‘el despertar intelectual y libertario’, el que habría de señalar las pautas, haciendo accesible el camino, hacia una total reforma penal.”*⁵⁴

Ricardo Núñez expone que a la Ilustración *“se debe que el derecho penal se convirtiera en una regulación de la punibilidad sobre bases políticas de garantía para los individuos frente a los derechos de los gobernantes, en el sentido de que ni el delito ni su castigo podían ser aplicados arbitrariamente.”*⁵⁵ Continúa exponiendo que *“Hugo Grocio, en Holanda echa las bases del derecho natural e independiza el derecho penal de la teología, fundamentando la pena en principios de razón (la ‘naturaleza racional humana’)...Prosiguen la tarea, en Alemania, Samuel Puffendorf, que se opone a los procesos inquisitoriales y de hechicería, desecha la idea de la retribución como fundamento de la pena y enraíza el derecho de castigar en la dimensión social.”* Y aunado a estos cambios, se encuentra también la reforma penitenciaria de la mano de John Howard, que tal y como expone Núñez *“fue hecho prisionero por los franceses y conoció los horrores de las prisiones de su época, hizo la crítica de éstas y propuso reformas sustanciales en su libro State of Prison, 1777, sobre las siguientes bases: a) higiene y alimentación suficiente; b) distinto régimen para los detenidos y los condenados; c) educación moral y religiosa; d) trabajo, y e) relativo aislamiento individual.”*⁵⁶

Respecto a Howard agrega Pavón Vasconcelos que *“no debe olvidarse que fueron sus observaciones no sólo llamadas de atención sobre las deficiencias*

⁵⁴ Pavón Vasconcelos, Francisco. *Op.cit.*, pág. 56

⁵⁵ Núñez, Ricardo C. *Op.cit.*, pág. 28

⁵⁶ *Ibid.*, pág. 29

*del sistema carcelario imperante, sino aportación valiosa en la total reforma penal iniciada por Beccaria, la cual abrió el período humanitario individualista.*⁵⁷

Carlos Fontán Balestra agrega que *“Montesquieu y Rousseau dieron el impulso político que permitió la aplicación práctica de esos principios y sostuvieron ellos también la necesidad de la reforma. El primero, en El Espíritu de las Leyes, lucha por la proporcionalidad de las penas; sostiene que el resorte punitivo del Estado se debilita al aplicar la pena de muerte por igual a los delitos más graves y a los más leves, agregando que tal procedimiento crea desorientación en la apreciación de la gravedad de las infracciones. Rousseau, sostiene la necesidad de absoluta independencia entre la política y el Derecho.”* Termina diciendo Fontán Balestra que *“Con Beccaria comienza el proceso de evolución jurídica del Derecho Penal, que Francisco CARRARA ha de llevar a su más alta expresión a través de su Programa del Curso de Derecho Criminal, publicado por primera vez en 1859. La obra de Carrara...es la culminación de la tendencia humanista. El sumo maestro de Pisa, como justicieramente se le ha llamado, analiza, distingue, define y da al Derecho Penal el método y la economía propios de una disciplina científica.”*⁵⁸

El período humanitario del Derecho Penal, tal y como lo expuesto por los autores citados, inicia en el siglo XVIII luego de que el Renacimiento diera paso a la corriente de pensamiento conocida como Iluminismo o Ilustración, la cual estaba centrada, en el caso del Derecho Penal, en reformar las penas impuestas a quienes infringían la ley para evitar la crueldad y el respeto de los derechos naturales del hombre. Se vio influenciado por el cambio de las tendencias en el mundo, como la Revolución Francesa, y la búsqueda de una verdadera justicia y garantía legal que encuadrara la pena dentro de los límites de la razón y que la misma no excediera el daño causado por el imputado a la víctima, es decir, que existiera un balance real entre la severidad de la pena ante el delito cometido.

⁵⁷ Pavón Vasconcelos, Francisco. *Op.cit.*, pág. 58

⁵⁸ Fontán Balestra, Carlos. *Op.cit.*, pág. 53

Se propone que las penas sean aplicadas con mayor celeridad para que las mismas sirviesen como una enseñanza al reo y no perdieren su fin esencial.

Podemos encontrar grandes avances, no solo dentro del Derecho Penal sino dentro del sistema político-jurídico también, dentro de la obra de Montesquieu “El Espíritu de las Leyes”, donde además de proponer una proporción más humana en las penas, se recoge por primera vez la Teoría de Separación de Poderes. Juan Jacobo Rousseau en “El Contrato Social” propone la separación entre Estado y derecho a través de su política de voluntad general, en la cual es el pueblo quien es soberano y quien delega esa soberanía al Estado.

1.4.5 Etapa Científica

La etapa científica del Derecho Penal inicia, según De Mata Vela y De León Velasco *“con la obra de César Bonnesana, el Marqués de Beccaria, y subsiste hasta la crisis del Derecho Penal Clásico con el apareamiento de la Escuela Positivista...La labor de sistematización que realizaron Francesco Carrara y los demás protagonistas de la Escuela Clásica, llevaron a considerar al Derecho Penal como una disciplina única, general e independiente, cuyo objetivo era el estudio del delito y de la pena desde el punto de vista estrictamente jurídico.”*⁵⁹

A esto le suma Francisco Pavón Vasconcelos que, en Alemania, Pablo Juan Anselmo Von Feuerbach *“siguiendo en esencia las doctrinas de Kant, crea el criterio de que la pena es una coacción psicológica, dando así nacimiento a la teoría de la prevención general. Aferrado al principio de la legalidad, que proclama la existencia previa de la ley penal para calificar de delito un hecho e imponer una pena, se le atribuye la paternidad del principio ‘nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege’, aceptado en forma unánime en todos los países cuyo Derecho positivo penal sigue una trayectoria liberal.”*⁶⁰ Indica también que en sus obras Giandoménico Romagnosi *“se muestra contrario a la teoría del*

⁵⁹ De León Velasco, Héctor Aníbal y de Mata Vela, José Francisco. *Op.cit.*, pág. 20

⁶⁰ Pavón Vasconcelos, Francisco. *Op.cit.*, pág. 58

*contrato social y pone en el Derecho de defensa el fundamento y justificación del Derecho penal, afirmando que la legítima potestad de castigar se origina en la necesidad de usar de la pena para conservar el bienestar social. Uno de los méritos indiscutibles de su obra es haber difundido el criterio de que la sociedad no debe sólo reprimir el delito sino prevenirlo.*⁶¹

En cuanto a la evolución de la función de la pena, continúa exponiendo Pavón Vasconcelos que “*el grupo de pensadores surgidos entre el último tercio del siglo XVII y fines del XIX, a quienes se suman Manuel Kant, Stahl, Federico Hegel, Bauer y otros, propugnaron diversos criterios que se pueden clasificar de la siguiente manera:*

a) *Teorías que ven en la pena una retribución, sea de origen divino, moral o jurídico. Entre estas destaca la posición de Manuel Kant, para quien el deber de castigar el delito es un imperativo categórico constitutivo del fundamento del ius puniendi, careciendo por ello la pena de fin concreto, en virtud de imponerse por el simple hecho del delito. La pena, en síntesis, es la expresión de la justicia al retribuir el mal inferido con el delito...*

b) *Teorías según las cuales la pena tiene un carácter intimidatorio y, por lo tanto, su fin es la prevención del delito. La prevención puede ser especial, como lo sostienen Grolmann, cuando la pena tiene como finalidad evitar que el delincuente cometa nuevos hechos delictuosos, o bien, general, cuando la amenaza de la pena persigue la ejemplaridad y la intimidación para que los individuos se abstengan de cometer delitos...*

c) *Teorías que encuentran la función de la pena en la defensa de la sociedad, sea ésta directa o indirecta.*⁶²

Carlos Creus agrega al respecto que esta corriente de pensamiento “*fue el que apoyó la nueva corriente legislativa del movimiento codificador del siglo XIX que,*

⁶¹ *Ibid.*, pág. 59

⁶² *Loc.cit.*

*a partir del Código Napoleón, se extiende por todos los países continentales de Europa y América Latina.”*⁶³

La etapa científica parece fusionarse con la etapa humanista debido a que sus bases son las mismas en esencia, se busca dar una mayor funcionalidad a las penas separándolas por completo de la política. De lo expuesto por los autores alemanes, quienes fueron los mayores precursores de esta etapa, podemos encontrar tres funciones principales de las penas contenidas en tres teorías: La primera, las penas no tienen un fin específico debido a que únicamente se utilizan para resarcir el daño causado por el delito cometido, esto derivado de la facultad del Estado para delimitar los delitos y las penas; la segunda, que establece a la pena como una intimidación, que en lugar de buscar resarcir un daño, busca que el mismo no se dé, debido a que busca disuadir a las personas de cometer un delito bajo la amenaza de que les pueda ser impuesta una pena; y la tercera, que combina las anteriores dándole a la pena una función de defensa de la sociedad, ya sea resarciendo un daño o previniendo la comisión de un delito.

El mayor logro para el Derecho Penal durante la etapa científica fue la codificación, que se inicia con el Código de Napoleón y continúa por toda Europa y América, revirtiendo así al Derecho Penal objetivo con el principio de legalidad que se había teorizado durante la época del humanismo mediante la delimitación de los delitos y las penas.

1.4.6 Etapa Moderna

De Mata Vela y De León Velasco exponen que *“actualmente existe una unidad de criterio en toda la doctrina en cuanto a que el Derecho Penal es una ciencia eminentemente jurídica, para tratar los problemas relativos al delito, al delincuente, a la pena y a las medidas de seguridad; mientras que las ciencias*

⁶³ Creus, Carlos. *Op.cit.*, pág. 34

penales o criminológicas, que tienen el mismo objeto de estudio, lo deben hacer desde el punto de vista antropológico y sociológico.”⁶⁴

Con el paso del tiempo y de la evolución del Derecho Penal, se ha logrado la diferenciación que en un inicio no existía entre el Derecho y las ciencias penales o criminológicas. Partiendo del hecho que el Derecho Penal es una ciencia jurídica, podemos concluir que su estudio se focaliza en todo lo relacionado a los problemas jurídicos y no en el sujeto que encasa en dichos problemas. El Derecho Penal moderno se encarga del estudio de las penas, los delitos y los delincuentes desde el punto de vista jurídico, mientras que las ciencias penales lo estudian desde el entorno de desarrollo del ser humano, las situaciones y causas que pudiesen orillar a una persona a cometer un delito y las consecuencias sociológicas de las penas impuestas a los delincuentes.

⁶⁴ De León Velasco, Héctor Aníbal y de Mata Vela, José Francisco. *Op.cit.*, pág. 25

CAPÍTULO 2

EL DERECHO PENAL INDÍGENA

2.1 Derecho Consuetudinario Indígena

Nancy Carmencita Sicán Oscar define el derecho consuetudinario como “*normas jurídicas que se desprenden de hechos que se han producido repetidamente en el tiempo en un territorio concreto. Tienen fuerza vinculante y se recurre a él cuando no existe ley (o norma jurídica escrita), aplicable a un hecho. Conceptualmente, es un término opuesto al de derecho escrito.*”⁶⁵

Y a esto agrega las características que los hechos repetitivos deben de cumplir para ser considerados como una costumbre con valor jurídico, estos son: “a. **Uso repetitivo y generalizado.** Sólo puede considerarse costumbre un comportamiento realizado por todos los miembros de una comunidad... Así mismo, esta conducta debe ser una que se repite a través del tiempo, es decir, que sea parte integrante del común actuar de una comunidad. Difícilmente se puede considerar costumbre una conducta que no tiene antigüedad, una comunidad puede ponerse de acuerdo en repetir una conducta del día de hoy en adelante pero eso no la convierte en costumbre, la convierte en ley.

b. **Conciencia de obligatoriedad.** Todos los miembros de una comunidad, deben considerar que la conducta común a todos ellos tiene una autoridad, de tal manera que no puede obviarse dicha conducta sin que todos consideren que se ha violado un principio, que regulaba la vida de la comunidad. En ese sentido, es claro que existen conductas cuyo uso es generalizado y muy repetitivo, pero que no constituyen costumbre en tanto no tienen emparejado el concepto de obligatoriedad. Eso diferencia al derecho de la moral y la religión.

⁶⁵ Sicán Oscar, Nancy Carmencita, *Análisis Jurídico Del Derecho Penal Consuetudinario En Las Comunidades Indígenas En La Sanción De Los Delitos De Poco Impacto Social Evitando La Aplicación De La Sanción Penal Del Derecho Penal Estatal*, Guatemala, 2011, Tesis de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala, pág. 15

*Solo con la confluencia de estos dos elementos, es que se puede considerar que se está frente a una costumbre como fuente de derecho, es decir, fuente de derechos y deberes.*⁶⁶

La doctora Teodora Zamudio describe el derecho indígena como “*un conjunto de normas propias, que regulan el desarrollo armónico de la vida de las comunidades de los pueblos.*” Continúa diciendo que “*uno de los rasgos relevantes es la no normativización, esto significa que el derecho indígena no puede ser reducido a un conjunto de normas escritas, porque se apoya fundamentalmente en la tradición oral.*”⁶⁷

Según lo expuesto por la Defensoría Indígena Wajzaquib’Noj el sistema jurídico Maya es un “*sistema que integra un conjunto de principios, valores, normas, procedimiento y estructura propia que regula la conducta, convivencia individual y colectiva de los miembros del pueblo Maya fundamentada en su cultura y cosmovisión. Es la existencia de ciertos principios que determinan o que conllevan derechos y obligaciones personales y sociales, que determinan el contenido de relaciones económicas, políticas, sociales, culturales y ambientales. Tales principios se convierten en un sistema jurídico que se constituye en conjuntos de normas y prácticas, ampliamente reconocidas, aceptadas, respetadas y cumplidas.*”⁶⁸

Para Poroj, citado por Lucas López de Rosa y Mario Augusto Rodas Chactún el Derecho Consuetudinario “*son todas aquellas normas de convivencia con fuera obligatoria que regula la vida de los indígenas en el campo económico, político y cultural, constituye lo que se entiende por Orden Jurídico Consuetudinario.*”⁶⁹

⁶⁶ *Ibid.*, pág. 16

⁶⁷ Derecho de los Pueblos Indígenas, Dra. Teodora Zamudio y Equipo de Investigación, *Derecho Penal Indígena*, Argentina, 2010-2013, <http://indigenas.bioetica.org/mono/inves38.htm>, 20/01/2015

⁶⁸ Defensoría Indígena Wajxaquib’ Noj, *Una visión global del sistema jurídico Maya*, Guatemala, PNUD, 2003, pág. 18

⁶⁹ López de Rosa, Lucas y Rodas Chactún, Mario Augusto. *Derecho Consuetudinario Maya Ch’orti*, Guatemala, Consejo Indígena Maya Ch’orti –COIMCH-, 2004, segunda edición, pág. 12

Para Dary, citado también por López de Rosa y Rodas Chactún, el Orden Jurídico Maya es *“un conjunto de reglas, valores manera de conducirse, difundidas por tradición oral y de generación en generación tendentes a normar, ordenar y dirigir la vida comunitaria.”*⁷⁰ Y para Rodolfo Stavehagen, citado por los autores ya mencionados, *“el Derecho Consuetudinario, comprende los conceptos, creencias, y normas que la cultura propia de una comunidad señalan o definen, sean estas acciones perjudiciales o delictuosas, cómo ante quien debe el perjudicado buscar satisfacción o reparación, sanciones para estas acciones delictuosas o perjudiciales: como quien deben aplicarse estas sanciones y quien debe aplicarlas.”*⁷¹

La Defensoría Indígena Wajxaqib' Noj define el sistema Jurídico Maya como el *“sistema que integra un conjunto de principios, valores, normas, procedimiento y estructura propia que regula la conducta, convivencia individual y colectiva de los miembros del pueblo Maya fundamentada en su cultura y cosmovisión. Es la existencia de ciertos principios que determinan o que conllevan derechos y obligaciones personales y sociales, que determinan el contenido de relaciones económicas, políticas, sociales, culturales y ambientales. Tales principios se convierten en un sistema jurídico que se constituye en conjuntos de normas y prácticas, ampliamente reconocidas, aceptadas, respetadas y cumplidas.”*⁷²

El Derecho Consuetudinario Indígena cuenta con las siguientes características:
“Es Oral: se hace uso del idioma de los interesados y se respeta sus valores y cosmovisión.

Es barato: no exige de personas o equipos para registrar lo actuado, ni de locales especiales. No implica costo en su administración.

Es rápido: en una audiencia puede quedar todo conocido y resuelto.

⁷⁰ *Loc. cit.*

⁷¹ *Ibid.*, pág. 13

⁷² Defensoría Indígena Wajxaqib' Noj. *Op.cit.*, pág. 18

Es consensual: no hay votaciones ni decisiones divididas, buscan un arreglo donde todos aceptan.

Es flexible: se resuelve según los requerimientos de los que intervienen.

Es preventivo: comparte los resultados, para que otros no cometan faltas.

Es voluntario: quién se somete a él lo hace por respeto.”⁷³

Luis Linares agrega a que el Sistema Jurídico de los pueblos indígenas “se caracteriza por poseer códigos normativos generalmente no escritos que regulan dichas relaciones. Las normas y sanciones varían de una comunidad a otra, pero su esencia es la misma: tienden principalmente a prescribir comportamientos, reparar el daño y castigar la conducta transgresora.”⁷⁴

Mynor Par Usen indica que las características del derecho indígena son las siguientes: “es conciliador, reparador, didáctico, dinámico, y legítimo. Agrega como instituciones procesales, el diálogo, la consulta y el consenso.”⁷⁵

Tomando en cuenta lo expuesto por los autores citados podemos concluir que, el Derecho Consuetudinario Indígena es el conjunto de todas aquellas normas, tradiciones, reglas y valores que regulan la convivencia en sociedad, y el desarrollo de los pueblos en el ámbito cultural, ambiental, económico y religioso, que tienen como fin la armonía, mantenimiento de la unidad, el equilibrio y el bienestar de la comunidad en que se aplica, ya que no busca únicamente el resolver problemas de carácter jurídico sino que también son la base de la organización comunitaria; todo esto fundamentado en la cosmovisión Maya y en la dignidad de la persona sobre quien se aplica.

⁷³ López de Rosa, Lucas y Rodas Chactún, Mario Augusto. *Op.cit.*, pág. 14

⁷⁴ Linares, Luis. *Valoraciones sobre pluralismo jurídico y el Sistema Jurídico propio de los pueblos indígenas*, Guatemala, Asociación de Investigación y Estudios Sociales, 2010, pág. 9

⁷⁵ Par Usen, Mynor. *Módulo de interculturalidad*, Guatemala, INSTITUTO DE LA DEFENSA PÚBLICA PENAL –IDPP– Unidad de Formación y Capacitación –UNIFOCADEP–, primera edición, 2008, pág. 47

Debido a que el mismo emana de la costumbre, es necesario que para que la misma sea reconocida como derecho cumpla con ciertos requerimientos, como son: el uso repetitivo y generalizado, que se refiere a que la conducta que pretende asumirse como costumbre, debe ser antigua y de carácter constante, reconocida por las personas de la comunidad como una parte común de su actuar; y, que tenga consciencia de obligatoriedad, es decir que todos los miembros de la comunidad sepan y acepten que al contrariar o violentar dicha costumbre, se está cometiendo una violación a un principio que rige su comunidad.

Se caracteriza principalmente por no ser un derecho escrito, ya que todo se ha transmitido de manera oral a través de las generaciones, se aplica de manera gratuita y rápida. No existen penas fijas, ya que se adecuan a la situación que las demanda y a lo pretendido por los actores. Los resultados de lo que se decide en cada juicio es público y se hace del conocimiento de la comunidad para prevenir así una nueva comisión del mismo acto por diferentes personas. Y por último es voluntario, las personas que se someten a él lo hacen de manera voluntaria, buscando resarcir el daño causado y restablecer el equilibrio de la comunidad.

2.2 Derecho Indigenista

Raquel Irigoyen Fajardo índice que *“el derecho o sistema jurídico indígena maya tiene su propio sistema de autoridades, normas y procedimientos por los cuales regula la vida social, permite resolver conflictos y organizar el orden social. También incluye reglas sobre el nombramiento o designación y cambio de autoridades, así como reglas sobre las instancias y mecanismos para crear o cambiar reglas (las llamadas normas secundarias). De acuerdo a cada comunidad varían los niveles de eficacia y legitimidad de este sistema.”*⁷⁶

⁷⁶ Irigoyen Fajardo, Raquel. *Pautas de coordinación entre el Derecho Indígena y el Derecho Estatal*, Guatemala, Fundación Myrna Mack, 1999, primera edición, pág. 31

Guisela Mayen citada por Erick Eliberto del Cid Lam, indica que el Derecho Indígena “*es un conjunto de normas y procedimientos para la regulación de la convivencia interna de la sociedad, cuenta con autoridades que desarrollan las normas y fungen como operadores de justicia dentro del sistema, sigue procedimientos establecidos y posee sanciones.*”⁷⁷

La Organización Defensoría Maya, citada por Edgar Gonzalo Coy Pop, define el Derecho Indígena o Maya como “*el conjunto de elementos filosóficos, teóricos y prácticos, basados en la Cosmovisión Maya, que permite la construcción de la unidad, el equilibrio y la armonía en las relaciones humanas y las relaciones de las personas con la naturaleza. Es producto del pensamiento, filosofía y espiritualidad del pueblo maya.*”⁷⁸

Según la investigación hecha por el Instituto de Investigaciones Económicas y Sociales de la Universidad Rafael Landívar denominada El Sistema Jurídico Mam “*a lo largo de los últimos cinco siglos, los pueblos mencionados –mayas y otros- adaptaron e hicieron propias ciertas estructuras europeas económicas, sociales, políticas, jurídicas y religiosas. Dentro de ese proceso de adaptación han sobrevivido elementos o rasgos de instituciones prehispánicas (como las asambleas de principales), junto a rasgos españoles o de tipo occidental (cofradías, alcaldías indígenas, alcaldías auxiliares, alcaldías municipales) ... De modo que los pueblos prehispánicos –los mayas entre ellos- han vivido en situaciones jurídicas complejas en las cuales hay elementos propios y ancestrales.*”⁷⁹

⁷⁷ Del Cid Lam, Erick Eliberto, *Análisis Jurídico Doctrinario de la aplicación del sistema jurídico Maya para la resolución de conflictos en materia penal, conforme a los Acuerdos de Paz después del conflicto armado interno en Guatemala*, Guatemala, 2013, Tesis de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala, pág. 5

⁷⁸ Coy Pop, Edgar Gonzalo, *La Jurisdicción Indígena Penal: Análisis sociojurídico de los linchamientos en Guatemala, caso Alta Verapaz*, Guatemala, 2010, Tesis de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala, pág. 39

⁷⁹ Instituto de Investigaciones Económicas y Sociales (IDIES). *El Sistema Jurídico Mam –Una Aproximación-*, Guatemala, Universidad Rafael Landívar, 1999, pág. 27

El Centro Pluricultural Para la Democracia, citado por Elías Morales Ramírez, establece que *“el derecho indígena es un conjunto de normas, principios, características, procedimientos, que regulan el comportamiento de la población indígena, atribuyendo derechos, obligaciones individuales y colectivas, tomando en cuenta su cosmovisión fundamentada en valores y antivalores, siendo un sistema jurídico conciliador, reparador, legítimo y participativo, logrando el cambio de actitud y comportamiento de las personas. El derecho indígena surge de la vida misma de los pueblos, esta es la parte fundamental de su cultura y cosmovisión, la cual tiene como fin buscar, mantener el respeto y armonía entre los hombres, la naturaleza y el universo, desempeñando en sí la función de regulación social y de conducta de cada uno de los miembros que integran la comunidad y establece al mismo tiempo la forma de resolución de conflictos que amenazan con romper el orden y equilibrio en la comunidad.”*⁸⁰

Lo expuesto por la Defensoría Maya, Eela tatine, citada por Erick Eliberto del Cid Lam, define el Derecho Indígena como *“el conjunto de elementos filosóficos, teóricos y prácticos, basados en la cosmovisión maya, que permite la construcción de la unidad, el equilibrio y la armonía en las relaciones humanas y las relaciones de las personas con la madre naturaleza.”*⁸¹

De acuerdo a lo expuesto se puede concluir que el Derecho Indigenista propiamente dicho no se limita únicamente al concepto de derecho consuetudinario, sino que es un sistema completo y complejo. Dicho sistema comprende un conjunto de normas aplicado a una determinada población dentro de un territorio delimitado, con un sistema de autoridades quienes aplican dichas normas para mantener el orden social. Contempla también la facultad de esas mismas autoridades para reformar y crear nuevas normas basados en la

⁸⁰ Morales Ramírez, Elías, *DICOTOMÍA EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO CONSUECUDINARIO Y DERECHO ESTATAL*, Guatemala, 2014, Tesis de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Rafael Landívar, pág. 13

⁸¹ Del Cid Lam, Erick Eliberto, *Op.cit*, pág. 5

espiritualidad del pueblo del cual emanan. Aun cuando se ha visto occidentalizado a raíz de la conquista de América, ha acoplado las instituciones que sirven más para su desarrollo y aplicación en los tiempos modernos, manteniendo los elementos fundamentales de la cosmovisión y el equilibrio para lograr un sistema armónico.

2.2.1 Derecho Penal Indígena

Para determinar el Derecho Penal Indígena, primero debemos definir qué es un sistema jurídico. Para Guillermo Cabanellas un sistema jurídico es *“un conjunto de principios, normas o reglas, lógicamente enlazadas entre sí, acerca de una ciencia o materia”*. Es también el *“Ordenado y armónico conjunto que contribuye a una finalidad”*. Finalmente señala que es *“Método, procedimiento, técnica y doctrina”*⁸²

El doctor Par Usen dice en cuanto al sistema jurídico indígena *“Son procedimientos, porque el sistema normativo indígena también posee sus formas procedimentales comunitarias al utilizar el diálogo, la consulta y el consenso como instrumentos para resolver los conflictos que se dan en las comunidades. También posee sus propias instituciones, como el sistema de autoridades indígenas, en donde el procedimiento comunitario aplica sus propias correcciones o castigo. El Pixab consiste en un sistema de consejos, un conjunto de principios, normas, enseñanzas, consejos y valores espirituales, morales y éticos con funciones educativas, formativas, preventivas, orientadoras y correctivas en la vida, transmitidas de generación en generación en la nación Maya K'iche' mediante la tradición oral. Estos elementos conforman el auténtico Sistema jurídico indígena, el cual es ejercido por los pueblos indígenas desde la familia, donde se inculca el respeto, la referencia, la hospitalidad y la cooperación con sus semejantes.”*⁸³

⁸² Sistema Jurídico, Cabanellas de Torres, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual Tomo VII*. Buenos Aires Argentina Editorial Heliasta. 1997. Pág. 449

⁸³ Par Usen, Mynor. *Op.cit.*, pág. 45

Para responder acerca de si existe o no un Derecho Penal Indígena como conocemos el Derecho Penal occidental, la Dra. Myrna Villegas Díaz indica que *“en general los sistemas sancionatorios indígenas...se caracterizan porque el centro de protección es la comunidad, diferenciándose del derecho penal occidental en cuanto a la imposibilidad de encontrar en ellos un principio de legalidad tal y como lo conocemos. La norma penal es creada por la costumbre, y se transmite oral, comunicativa y dialogalmente creando un vínculo indisoluble entre ella y el individuo, toda vez que es discutida en las comunidades mediante mecanismos de participación directa, generalmente, asambleas en las que participan todos los miembros de la comunidad.”*⁸⁴

Continúa ampliando las diferencias en cuanto a lo siguiente, *“otra diferencia que se advierte es en relación al principio de culpabilidad, puesto que en la mayoría de los sistemas sancionatorios indígenas, la culpabilidad por el hecho propio aparece difusa o a veces inexistente dado que los valores individuales quedan supeditados a los valores del colectivo. Lo importante no es el individuo sino el colectivo (a diferencia del sistema occidental), y por ende adquiere mucho valor la manera en que el individuo se comporta y eso se mide en relación a su contribución o no contribución a la comunidad. Luego, en gran parte de las ocasiones la sanción se aplica por la forma de conducción de vida del individuo en relación a su comunidad, incluyendo su mera peligrosidad. Siendo el grupo lo que prima, el principio de personalidad también se inclina ante la responsabilidad grupal. En no pocas ocasiones la conducta cometida por un individuo acarrea responsabilidad también para sus familiares. Luego, no es posible encontrar en ellos un principio de personalidad de la pena.”*⁸⁵

Para Borja Jiménez, citado por Javier Jiménez Fortea, *“existe el derecho penal indígena, porque “encontramos un conjunto normativo que reprueba y considera*

⁸⁴ Política Criminal, Myrna Villegas Díaz, *SISTEMAS SANCIONATORIOS INDÍGENAS Y DERECHO PENAL. ¿SUBSISTE EL AZ MAPU?*, Chile, 2014, http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-33992014000100007&script=sci_arttext, 15/04/2015

⁸⁵ *Loc. Cit.*

*como muy graves una serie de comportamientos humanos similares a lo que en el derecho occidental se denominan delitos. Me refiero, de igual forma, a que ese conjunto normativo asocia a esos comportamientos antisociales determinadas consecuencias que normalmente denominamos sanciones o penas (...) este conjunto de instituciones (delitos, penas, reglas jurídicas consuetudinarias, procedimiento, autoridades...) integran un sistema. Con ello se quiere señalar que existe una coherencia reglada de las distintas instituciones que obedecen a una lógica conocida por todos. La reacción social ante los delitos más graves no responde, por tanto, a la arbitrariedad o a la venganza de la víctima, sino que se deriva de una ordenación institucional prevista para resolver racionalmente, estableciendo soluciones similares a casos similares, los conflictos más graves de convivencia. Afirmando, en definitiva, que los mecanismos de solución de conflictos en el seno de las poblaciones autóctonas son, en parte, jurídicos, esto es, obligatorios, dependientes de un tercero, previsibles, racionales... Si existe Derecho Penal indígena, existe en primer lugar "Derecho", lo cual significa que hay convivencia pacífica, también posiblemente conflictiva, pero reglada, y ello se opone a la imagen que tenemos los occidentales de que los indígenas se someten ciegamente a un poder tradicional regido por una total arbitrariedad."*⁸⁶

La doctora Teodora Zamudio indica que *"el sistema penal indígena presenta un sistema de autoridad claramente definida y sus reglas son aceptadas por los miembros de la comunidad contando con un sistema de sanciones para quienes se desvíen de las reglas"*⁸⁷

Emiliano Borja Jiménez explica que *"cuando se satisfacen determinados requisitos territoriales y personales, el indígena adquiere un auténtico derecho a su propio fuero, esto es, que es titular de una facultad para que sea enjuiciado"*

⁸⁶ Sistemas Judiciales, Dr. Fco. Javier Jiménez Fortea, *El proceso penal de los Pueblos indígenas de Latinoamérica: Una visión desde Europa*, España, <http://www.sistemasjudiciales.org/content/jud/archivos/notaarchivo/686.pdf> , 15/04/2015

⁸⁷ Dra. Teodora Zamudio y Equipo de Investigación, *Op.cit.*, 20/01/2015

conforme a sus normas y procedimientos y por las autoridades tribales correspondientes. Existe, pues, en algunos pueblos originarios de Latinoamérica, un sistema de reglas autóctonas que están destinadas a resolver los conflictos más graves de convivencia. Existen procedimientos para determinar la presencia o ausencia y el grado de responsabilidad de los acusados. Y existen autoridades encargadas de aplicar esas reglas y dirigir los correspondientes procesos. Sobre la existencia de este sistema penal, no hay ninguna duda⁸⁸.

Siguiendo la línea del planteamiento por el cual se delimitan las diferencias entre el Derecho Penal Occidental y el Derecho Penal Indígena, María Paz Ávila Ordoñez indica lo siguiente: *“el sistema indígena, originario o nativo, como también se lo denomina, no es uno solo, de ahí su denominación como un sistema, pues cada comunidad, dependiendo de su integración, exposición a las costumbres occidentales, asentamiento territorial y pertinencia a una nacionalidad, tiene sus propias costumbres.”⁸⁹*

Amplía lo expuesto indicando la ausencia del principio de legalidad y de presunción de inocencia como se conocen dentro del Derecho Penal Occidental dentro del Derecho Penal Indígena: *“se podría considerar que el sistema penal indígena no cumple con el principio de legalidad, debido a que no cuenta con normas escritas, previas y claras establecidas por el poder legislativo que fundamenten el juzgamiento de las infracciones y la imposición de una sanción...Sin embargo, desde una visión propia del sistema de derecho penal indígena, el principio de legalidad puede ser concebido simplemente como la previsión o la costumbre de determinado pueblo en el juzgamiento de cierta conducta, teniendo en cuenta que la principal fuente de producción de derecho*

⁸⁸ Derecho Penal y Pluralidad Cultural, Emiliano Borja Jiménez, *Sobre los ordenamientos sancionadores originarios de Latinoamérica*, Chile, 2006, https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2006_09.pdf, 22/03/2015

⁸⁹ Ávila Ordoñez, María Paz, *El Derecho Penal Indígena: Entre la diversidad y los Derechos Humanos*, Ecuador, <http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1752&context=auilr>, 15/02/2015

dentro del sistema penal indígena es la costumbre...En base a lo expuesto, el principio de legalidad, entendido como pilar fundamental dentro del sistema penal occidental, no puede ser aplicado ni entendido de la misma forma que el sistema de derecho penal indígena, en primer lugar por la diversidad de fuentes en las que se fundamentan (ley-costumbre), y en segundo lugar porque las cosmovisiones respecto a la resolución de conflictos varían en cuanto a su finalidad y procedimiento. En conclusión, mediante la costumbre, los miembros de las comunidades indígenas conocen que determinadas reglas son obligatorias y que existen sanciones aplicables en caso de incumplimiento.”⁹⁰

En cuanto al principio de presunción de inocencia indica que “*en un primer momento, el derecho penal indígena atenta contra el principio de presunción de inocencia, pues dentro del mismo juzgamiento que realizan varios de los pueblos indígenas se evidencia lo contrario, ya que en la mayoría de los casos se parte de una concepción de culpabilidad, y en otros se obliga al acusado a declarar en su contra...En base a lo expuesto, la concepción occidental del principio de presunción de inocencia difiere en el sistema penal indígena debido a la cohesión social de la comunidad, lo que genera por tanto mayor control de la conducta de los ‘individuos’ si es que se puede denominar así en estos casos. Se vislumbra así, como el ejercicio de las funciones jurisdiccionales de las autoridades indígenas plantea ciertos debates en relación con el derecho penal occidental, en el que figuran ciertos principios elementales que han pretendido ser asimilados en algunos casos a las culturas indígenas.”*

En la mayor parte de los pueblos indígenas no se cuenta con una sistematización ni clasificación de las normas, pero para ciertos estudios del Instituto de Investigaciones Económicas y Sociales las mismas se han clasificado tres grandes ámbitos, siendo de nuestro interés las “*normas relativas*

⁹⁰ Avila Ordoñez, María Paz, *Op.cit.*, 15/02/2015

a asuntos dañinos, que corresponden a la normatividad sustantiva del ámbito penal en el Sistema Oficial.”⁹¹

Continúa el estudio indicando que dentro de las normas relativas a los ASUNTOS DAÑINOS “*las poblaciones de los tres municipios integrantes de la Comunidad Ixil coinciden en cuanto a la percepción y apreciación de los actos y hechos que causan daños, tanto a las personas como a los bienes materiales, considerándolos como asuntos graves o malos y asuntos pequeños o menos malos, según la intensidad y gravedad de tales hechos. Es decir, las acciones graves y las acciones leves:*

1) **Acciones Graves:** *son las llamadas por los pobladores ‘los asuntos grandes’, como los hechos de sangre y muerte: las violaciones sexuales de ‘adultas y menores’, los homicidios, las agresiones físicas en contra de los padres, el ‘acostarse uno con su hermana’ (el incesto), la apropiación de terreno (la usurpación), entre otras. Es importante señalar que algunas de las acciones calificadas por la Comunidad como ‘grandes’ no son conocidas ni resueltas por las autoridades locales, quienes se limitan a trasladarlas a los juzgados de paz, especialmente los hechos de sangre y muerte. Las demás son resueltas en la comunidad, en virtud de la conciliación como práctica y mecanismo de resolución que impera en el ámbito y conciencia comunitaria.*

2) **Acciones leves:** *entre éstas catalogan los asuntos pequeños, como los hurtos de aves domésticas y de productos agrícolas, los daños y perjuicios causados por los animales a las cosechas, el adulterio, los escándalos en la vía pública por efectos del alcohol, ‘arrimar mojones’ (alteraciones de linderos, mojones), los chismes (las calumnias), las desobediencias de los hijos hacia los padres, las alteraciones del curso de los ríos (obstaculizar el paso de un río), la mentira (falsedad); entre otras, que son resueltas a través de la conciliación en la comunidad.⁹²”*

⁹¹ Instituto de Investigaciones Económicas y Sociales (IDIES). *El Sistema Jurídico Ixil –Una Aproximación-* Guatemala, Universidad Rafael Landívar, 1999, pág. 28

⁹² Instituto de Investigaciones Económicas y Sociales (IDIES). *El Sistema Jurídico Mam –Una Aproximación-*, Guatemala, Universidad Rafael Landívar, 1999, pág. 28

En cuanto a la división de las autoridades indígenas, la mayoría de las comunidades reconocen la misma división, entre otras:

“1) *Los sacerdotes mayas o chimanes: la labor de los sacerdotes mayas, llamados chimanes, gira alrededor de la medicina espiritualizada y natural, es decir curan enfermedades como el susto, la brujería y otros males. Los procedimientos utilizados incluyen oraciones y frotación con huevos de gallina al asistido...Los chimanes generalmente son personas cuyas edades sobrepasan los cincuenta años. Tienen tal calidad por lo que consideran un don, atribuido a designios de origen divino...Los chimanes en el municipio de Colotenango expresaron que la resolución de conflictos en su comunidad corresponde al Alcalde y al Juez de Paz.*

2) *Los cofrades: los cofrades no realizan funciones jurídicas; sus funciones específicas son de carácter religioso...*

3) *Los catequistas: los catequistas realizan funciones específicas dentro de la religión católica tradicional...*

4) *Los ancianos: se guarda respeto a los ancianos, como preservadores de la memoria colectiva de su comunidad.”⁹³*

En otras comunidades indígenas, además de las autoridades ya mencionadas, se encuentran también:

“*Principales o B'oq'oltenam: son las personas que han culminado la carrera de servicios en la comunidad, ya sea en el ámbito religioso, en el cívico-administrativo o en ambos...Las funciones del cuerpo de principales en este ámbito son: seleccionar y elegir al alcalde auxiliar, regidores, mayores y policía (acompañante y mensajero); y apoyar y dar asesoría al alcalde auxiliar y su equipo en la solución de conflictos.”⁹⁴*

Dentro de estas autoridades también encontramos:

⁹³ *Ibid.*, pág. 41

⁹⁴ Instituto de Investigaciones Económicas y Sociales (IDIES). *El Sistema Jurídico Ixil –Una Aproximación-* Guatemala, Universidad Rafael Landívar, 1999, pág. 38

“Alcaldes auxiliares, regidores y mayores. Los alcaldes auxiliares, llamados en Ixil B’aaltenam, los regidores o B’axa’ rixhitol y los mayores o Mayul salientes son generalmente los encargados de buscar a sus sucesores...Desempeñan sus cargos legalmente por un año, del primero de enero al 31 de diciembre... Conocen y resuelven conflictos de naturaleza jurídica surgidos entre los pobladores de la comunidad, como los hurtos de productos agrícolas y de animales domésticos, asuntos de lesiones y riñas, daños y perjuicios causados por animales a las cosechas o a las personas, usurpaciones de terrenos; y muchas veces resuelven conflictos graves, por razones de necesidad originadas por las distancias y dificultades de comunicación y de acceso a las aldeas desde las cabeceras municipales; y otras veces por presión comunitaria, cuando la comunidad y autoridad consideran que desde el punto de vista cultural es conveniente y pertinente la resolución local del conflicto, exceptuándose los hechos de sangre y muerte.”⁹⁵

El doctor Par Usen indica que “el ejercicio de la autoridad indígena consiste en la aplicación del sistema jurídico indígena. Varían sus funciones según los cargos de la autoridad. Los principales orientan el trabajo en las obras que se realizan en la comunidad, corrigen los desaciertos del alcalde auxiliar. “Se cita a ellos (principales) para ciertos problemas que el alcalde no se ve capaz de solucionar. Quiere que el pueblo esté satisfecho con lo que el alcalde hace y dan consejos para que no cometa cosas indebidas. Las funciones y la práctica del ejercicio de la autoridad indígena están dadas en cuanto al desarrollo de las funciones de administrar justicia. Los caciques fueron jueces de los pueblos de su jurisdicción hasta que se establecieron los Cabildos de Indígenas; ellos, atendían los asuntos civiles y los caciques, los casos criminales. Donde no había cacique, los atendía el gobernador indígena. “Los ancianos tienen autoridad para llamar la atención, para dar consejos, ser guía entre los hermanos de fe, ellos tienen respeto y autoridad, pero ellos estuvieron antes. El anciano está, hay que darle

⁹⁵ Ibid., pág. 39

*respeto, autoridad, porque ellos son nuestros orígenes y raíces desde siempre, ese es nuestro mandato, profesamos y creemos cada uno”.*⁹⁶

Siendo el Derecho Penal Indígena meramente conciliatorio, podemos observar como común denominador en las diferentes comunidades indígenas las siguientes etapas que llevan a la resolución del conflicto:

“- El afectado o víctima busca al alcalde auxiliar, como autoridad para solicitar su intervención en el asunto; la autoridad escucha e indaga sobre el conflicto.

- *La autoridad cita y escucha la versión del hechor.*
- *La autoridad escucha a ambas partes.*
- *Si existen testigos, la autoridad los llama para que declaren y tener elementos de juicio sobre el asunto, con el propósito de emitir una resolución ajustada a la verdad.*
- *La autoridad busca un acuerdo para restablecer la armonía entre los sujetos involucrados; en este momento la autoridad expresa regaños y consejos a los sujetos procesales, especialmente al hechor, apoyándose en los valores éticos, los valores morales y valores espirituales de las familias y de la colectividad: les hace conciencia del buen comportamiento.*
- *La autoridad obliga al hechor a reparar el daño causado, siendo impuesta la reparación según la envergadura del daño causado, a veces con restitución o con pago en efectivo, que no es una multa cuyo valor o monto vaya a las arcas de alguna alcaldía o dependencia gubernamental, sino que es para la parte afectada o para el beneficio de la comunidad en su conjunto: ‘chapear la carretera’ (camino principal de la comunidad), ‘barrer la alcaldía’(instalaciones de la alcaldía auxiliar), ‘o juntar unas dos tareas de piedras’(para reparación del camino), en cuyo caso tienen efecto de castigo y con beneficios positivos para la colectividad. Si el hechor no cumple con la reparación, es rechazado por la comunidad:*

⁹⁶ Par Usen, Mynor. *Op.cit.*, pág. 37

- ignorado de por vida. Si en un asunto de robo el hechor es conocido, el castigo se cumple con 'chicotazos' ejecutados por el padre del culpable...*
- *En asuntos sumamente graves para la percepción comunitaria, el causante es expulsado de la comunidad: 'robar y otros, o por practicar la maldad' (como la práctica delvin en Chajul), 'lo expulsamos, que sea ejemplo para los demás'.*
 - *Una práctica especial que llama la atención es que la autoridad, ya no formaliza ningún tipo de procedimiento cuando el hechor resulta ser reincidente en la comisión de hechos dañinos a la comunidad, simplemente lo remite a la autoridad oficial: 'es cuando lo enviamos al pueblo (al Alcalde Municipal y éste al juez de paz), considerándose el traslado como castigo, porque constituye un procedimiento oneroso y de solución ajena a la propia comunidad.'*⁹⁷

Luego de lo expuesto por los autores citados podemos concluir que: Sí existe un Derecho Penal Indígena y que cumple con los requisitos para ser considerado un sistema jurídico, ya que es un conjunto de principios y normas que rigen determinadas áreas geográficas y a una determinada población, enfocados a una finalidad: la protección de una comunidad. Y es un sistema diferente dependiendo de en qué comunidad se aplica, ya que cada comunidad indígena tiene su propia forma de aplicarlo y sus propias costumbres que engendran dichos sistemas.

Su principal distinción con el derecho penal occidental radica en que no se observan a cabalidad el principio de legalidad ni el principio de presunción de inocencia. El principio de legalidad, que indica que no puede haber delito ni pena sin una ley previa, no se aplica del todo dentro del sistema de derecho penal indígena ya que este sistema no cuenta con normas escritas, sino que se basa en la costumbre, entonces no existe algo que regule una conducta antijurídica y

⁹⁷ Instituto de Investigaciones Económicas y Sociales (IDIES). *El Sistema Jurídico Ixil –Una Aproximación-* Guatemala, Universidad Rafael Landívar, 1999, pág. 46

la pena a imponerse sino hasta que la misma ya se cometió. Podría aplicarse en el sentido que, por el mismo hecho de ser basado en la costumbre, esta sirva como una advertencia o un acto previsor, para influir en los miembros de la comunidad y que dichas actitudes no se repitan. En cuanto al principio de presunción de inocencia, el mismo no se aplica ya que todo 'proceso penal' dentro del sistema indígena parte de la presunción de culpabilidad. Cuando se busca la intervención de las autoridades es bajo el presupuesto que una persona cometió una conducta que va en contra de las costumbres de la comunidad, causando así un desbalance en la armonía de la misma, por lo que ya se le está adjudicando una culpabilidad a la persona.

Aun cuando existen diversas comunidades indígenas en Guatemala, todas cuentan con por lo menos una diferenciación entre los asuntos que pueden ser tratados por las autoridades indígenas y cuáles deben ser tratadas por las autoridades estatales. Debido a la influencia occidental en el derecho indígena, las autoridades de las comunidades indígenas son electas en forma mixta: siguiendo la tradición de honrar a los ancianos y a las personas honorables de la comunidad, pero por medio de una elección popular.

La forma de resolver los conflictos difiere en las distintas comunidades, pero todas tienen dos características en común: 1) Se basan en el diálogo, y, 2) son conciliadoras. Las penas o castigos impuestos dentro del derecho penal indígena no buscan únicamente sancionar, sino enseñar y crear una conciencia tanto en la persona que cometió el hecho ilícito como dentro de la comunidad, y también buscan restablecer la armonía y el balance dentro de la comunidad, por lo que todo lo que se realiza debe ser en beneficio de la misma. En todos los procesos se consulta primero a las autoridades, que pueden ser los ancianos o principales, o el Alcalde Auxiliar, quienes dependiendo del tipo de hecho acaecido deciden si se abre al diálogo el conflicto o si se traslada su conocimiento a las autoridades estatales, por ser estas las encargadas de juzgar los delitos considerados como graves dentro de la comunidad indígena.

2.3 Alcaldía Indígena

Carlos Ochoa García define la Alcaldía Indígena como “*un órgano de integración y coordinación de los alcaldes comunales del municipio. Se trata, por tanto, de una institución de “segundo nivel”. Las alcaldías indígenas se caracterizan por funcionar a partir de un sistema propio de cargos cuya misión incluye una amplia gama de responsabilidades individuales que se prestan como servicio comunitario, con competencia sobre asuntos de diverso orden, donde quedan incluidos la administración de intereses y bienes públicos y justicia local.*”⁹⁸

Tal y como lo expone el Dr. Mynor Par Usen “*algunos sistemas de autoridades indígenas actuales tienen raíz Colonial. Las alcaldías indígenas fueron instauradas como instituciones bisagra del mundo colonial con el indígena para facilitar su control, pero apropiadas por los indígenas, han permitido y todavía lo permiten, espacios de auto regulación y control.*”⁹⁹ Por su parte, Guisella Mayén citada por el Dr. Par Usen indica que “*la alcaldía indígena es una institución que ha dejado de tener carácter legal, pero con base en el derecho consuetudinario, ejerce funciones de administración de justicia y de mediación entre la corporación municipal, que es la institución de carácter legal, y la población indígena mayahablante*”¹⁰⁰

2.3.1 Antecedentes

- **Gobierno Indígena pre colonización:**

Hasta antes de 1524 no se cuenta con información de la forma de gobierno indígena más que con la información contenida en algunos escritos de los K'iche', Kaqchikel y Tz'utujil. Se establecen dos criterios: “1. Sistema de

⁹⁸ Ochoa García, Carlos. *Derecho Consuetudinario y pluralismo jurídico*, Guatemala, primera edición, 2002, pág. 199

⁹⁹ Par Usen, Mynor. *Op.cit.*, pág. 33

¹⁰⁰ *Loc. cit.*

Parentesco: este sistema se basaba en patrilinajes, es decir la organización de familias extendidas, que reconocen un antepasado común, llevando su apellido, el cual se transmite por la línea de los hombres... Todos los varones del linaje participaban en la defensa del territorio que ocupaban y del honor mutuo, en el trabajo comunitario y en rituales a las deidades protectoras del linaje. Dentro de los patrilinajes existían unas familias con mayor preeminencia que otras, según el número de miembros: a mayor número, mayor preeminencia. De la familia más importante salía el jefe del patrilinaje: una persona de mayor edad que fungía como juez y árbitro en problemas que surgían entre los miembros del linaje...el cargo era vitalicio. Los linajes fundadores llegaron a formar confederaciones de linajes, haciendo gobierno cuatripartito o tripartito, según su número. Dentro de la confederación, al igual que en el nivel primario de linajes, existía un linaje con mayor preeminencia y de él salían los jefes de la confederación.” Y, “2. División de castas: La población se dividía en tres castas: nobles, plebeyos y esclavos. Cada individuo, al nacer, pertenecía a una de ellas y su posición era inamovible.”¹⁰¹

Con la conquista de Guatemala por parte de Pedro de Alvarado se dieron varios cambios al gobierno local, en principio mediante el asesinato de las personas que estaban a cargo, y tal como explica Lina Barrios que ocurrió con el pueblo K'iche' en donde “se suprimieron las elecciones de los sucesores y los hijos de ambos gobernantes, Tekún y Tepepul, fueron nombrados jefes de la encomienda de Uatlán. Los indígenas continuaron reconociéndolos como sus gobernantes y los siguieron en sus infructuosas sublevaciones contra los españoles, lo cual motivo a los peninsulares a eliminar privilegios a las familias ex-gobernantes”¹⁰² Las cosas continuaron igual hasta la muerte de Alvarado y luego de esto los indígenas empezaron a recuperar algunos privilegios.

¹⁰¹ Barrios, Lina. *Tras las huellas del poder local: La Alcaldía Indígena en Guatemala, del siglo XVI al siglo XX*, Guatemala, Universidad Rafael Landívar Instituto de Investigaciones Económicas y Sociales, 2001, pág. 27

¹⁰² *Ibid.*, pág. 31

- **Primera Época Liberal de 1821 a 1830:**

Tal y como lo explica Lina Barrios, “la Asamblea resolvía todo lo relacionado con asuntos de los gobiernos municipales de las provincias; su primera intervención al respecto fue el 23 de julio de 1823, cuando emitió un decreto que suprimía la denominación de ‘ayuntamiento’ y establecía la de ‘municipalidad’.”¹⁰³ Continúa exponiendo que “la Asamblea Federal, el 20 de febrero de 1824, decretó que debía cesar la costumbre indígena de tener autoridades propias separadas de las municipalidades constitucionales, pues en muchos pueblos la población indígena continuaba obedeciendo a los principales (líderes indígenas de patrilinajes), que estaban aglutinados en la alcaldía indígena sin participar en la municipalidad constitucional.”¹⁰⁴

Luego con la entrada al poder del Dr. Mariano Gálvez se dan reformas respecto a la educación, buscando la hispanización del indígena: “Respecto a la educación, el 1 de marzo de 1832, Gálvez decretó las bases de la Instrucción Pública...El artículo 66 establecía el otorgamiento de una medalla de oro a cualquier persona que, en 1836, presentara el mejor sistema o método de civilizar, dar enseñanza primaria y conocimiento del idioma español al indígena...Dichos estatutos también regulaban la participación de los indígenas en el gobierno de su pueblo. El artículo 67 imponía un traje ladino a los alcaldes, regidores o síndicos indígenas...”¹⁰⁵

Dentro de las primeras dos épocas de la historia de nuestro país, en cuanto a lo que se refiere a las autoridades indígenas, podemos encontrar que, de las primeras poblaciones se sabe muy poco. Los primeros pobladores establecieron su forma de gobierno mediante patrilinajes, es decir, el varón más anciano de una familia, dentro de un grupo geográfico determinado, era quien era el líder del linaje y cumplía con funciones de juez y arbitro. Se dividían también la población

¹⁰³ *Ibid.*, pág. 146

¹⁰⁴ *Ibid.*, pág. 147

¹⁰⁵ *Ibid.*, pág. 151

por castas, entre nobles, plebeyos y esclavos, pudiendo únicamente los nobles poder acceder a la posición de líder del linaje. Al llegar los colonizadores, los líderes indígenas fueron exterminados y las familias de los mismos fueron despojados de sus privilegios. A pesar de esto, la población indígena continuó reconociendo a los herederos de los líderes exterminados como sus figuras de autoridad.

Con la firma del Acta de Independencia, en donde se estableció la elección de diputados al congreso de acuerdo a lo establecido por las Cortes de Cádiz, se generó la primera solicitud de los ladinos para tener su propio alcalde y se genera la división entre las alcaldías ladinas e indígenas y surgen también las alcaldías mixtas. Las acciones de los españoles se fueron encaminando hacia la erradicación de las costumbres indígenas, obligándolos a recibir una educación en español y a utilizar vestimentas ladinas si querían ocupar un cargo público.

- **Época Conservadora 1830 a 1871:**

Siguiendo con lo expuesto por Lina Barrios, el gobierno de Rafael Carrera “se caracterizó, principalmente por: el restablecimiento de las órdenes monásticas, la proclamación de la soberanía del estado y el retiro del apoyo a la Federación Centroamericana; la creación de un ejército con servicio obligatorio para mestizos o ladinos (no estaba permitido el ingreso de los españoles y criollos); el restablecimiento del sistema de alcaldías separadas para ladinos e indígenas; y el mantenimiento del sistema de tierras comunales de los indígenas.”¹⁰⁶

Dentro de los cambios efectuados en este período, “Carrera instó a la Asamblea Nacional a modificar el sistema electoral de las alcaldías indígenas, lo cual se plasmó en el decreto del 2 de octubre de 1839, sobre el gobierno político de los departamentos. Este decreto modificaba el sistema de elecciones, regresando del voto popular al de elección restringida por miembros salientes de la municipalidad, tal como se había manejado durante el período colonial.” Gracias

¹⁰⁶ *Ibid.*, pág. 157

a este decreto la población de San Agustín Acasaguastlán solicitó la creación de puestos de alcaldes, regidores y gobernadores indígenas y “*el corregidor autorizó la municipalidad indígena en 1840...Así en la década de 1840 hubo dos sistemas: en los poblados indígenas, la municipalidad conformada por éstos; y en los mixtos, una municipalidad mixta conformada por un alcalde ladino y uno indígena.*”¹⁰⁷

Continúa explicando Barrios sobre la institución de las Alcaldías Auxiliares diciendo: “*la institución de la alcaldía auxiliar para poblados rurales se inspiró en los alcaldes de barrio que se acostumbraban en los poblados españoles y ladinos en tiempos coloniales...Los alcaldes auxiliares fueron instituidos en el artículo 163º. De la Constitución de 1825, la cual estipulaba que éstos funcionarían en poblaciones menores de 200 habitantes. Aparecieron en áreas urbanas, como la Capital, Antigua Guatemala, Quetzaltenango y Totonicapán.*” En el caso de Totonicapán “*en 1837, los caciques de Totonicapán solicitaron la autorización de un alcalde auxiliar para su clase; según el acta correspondiente, se procedió a la autorización solicitada, a pesar de ser inconstitucional, porque ofrecía ventajas dado que los caciques iban al servicio militar al requerírseles. En 1865, los alcaldes auxiliares de barrio solicitaron un secretario para que atendiera sus asuntos; también en esa fecha surgió el primer alcalde auxiliar supernumerario, en el barrio de Chiyax; y en 1972 había cuatro alcaldes auxiliares supernumerarios para este barrio.*”

- **Segunda Época Liberal de 1871 a 1944:**

Luego de la muerte de Rafael Carrera y del derrocamiento de Vicente Cerna, llega al poder Miguel García Granados y con los comunicados emitidos por los gobiernos municipales se podían observar tres clases de gobierno local: “1) *Pueblos con sólo una municipalidad, ya fuese ladina o indígena.* 2) *Pueblos con*

¹⁰⁷ *Ibid.*, pág. 158

dos municipalidades, una ladina y otra indígena. 3) Pueblos con municipalidad mixta, ladina-indígena.”¹⁰⁸

Lina Barrios expone que *“la presencia de principales, a finales del siglo pasado, es muy importante: significa que los indígenas mantuvieron su esquema de gobierno con base en los jefes de linajes, dentro de las corporaciones municipales, por casi cuatrocientos años después de la invasión española... Los liberales, que se mantuvieron en el poder de 1871 hasta 1944, prosiguieron con la política liberal post-independista de mixtificar las municipalidades indígenas. El instrumento jurídico en el cual se basaron fue el acuerdo presidencial, y utilizaron dos formas para lograrlo: 1) Cuando existía sólo la municipalidad indígena en el pueblo, se daba participación a los ladinos en ella y, consecuentemente, era convertida en municipalidad mixta. La participación de los ladinos fue decisiva tanto en número como en los cargos asignados, pues fueron los de mayor decisión. 2) Cuando existían dos municipalidades, se eliminaba la municipalidad indígena y se agregaban algunos funcionarios de ella a la municipalidad ladina. También en este caso, los ladinos tenían mayor participación en número y cargos decisivos.”*¹⁰⁹

En 1877 Justo Rufino Barrios realiza cambios para reformar el sistema de justicia y decretó que *“la impartición de justicia ya no sería atribución de los alcaldes, sino de los jueces de paz electos popularmente y sostenidos económicamente por las municipalidades. Éste fue un cercenamiento de la autoridad de los alcaldes, pues les quitaba una de sus funciones más importantes. En el caso de los alcaldes indígenas, se les quitaba la autoridad para impartir justicia, en su propio idioma y bajo las normas indígenas.”*¹¹⁰

En 1927 el presidente Lázaro Chacón *“emitió un acuerdo que cambió la situación de las municipalidades indígenas sin ladinos que aún quedaban en el*

¹⁰⁸ *Ibid.*, pág. 163

¹⁰⁹ *Ibid.*, pág. 165

¹¹⁰ *Ibid.*, pág. 174

*país. El acuerdo mixtificaba todas las municipalidades indígenas, aunque los ladinos fueran minoría en el pueblo... Los cargos claves fueron para los ladinos, pues siempre debían ser ocupados por ladinos alfabetas: el alcalde primero y el síndico primero. En el resto de los cargos se alternaban ladinos e indígenas por mitad, prefiriéndose en la elección a los indígenas que hablaran español, que fueran alfabetas y que usaran el traje ladino.*¹¹¹

Luego de Lázaro Chacón asume la presidencia Jorge Ubico, quien continúa en la misma línea de pensamiento salvo con la emisión del decreto gubernativo del 22 de julio de 1935 “*en el que se suprimió a los alcaldes y, en su lugar, se estableció a los intendentes municipales nombrados por el Organismo Ejecutivo. El resto de integrantes de la junta municipal (síndicos y regidores) eran electos popularmente, por un año. Los intendentes nombrados no eran originarios del lugar, sino de regiones totalmente distintas...*”¹¹²

Dentro de la primera época liberal se regresó al esquema colonial de las municipalidades en cuanto a la forma de administración y la forma de elección de las autoridades, las separando en las municipalidades ladinas y las municipalidades indígenas, pero con el paso del tiempo las alcaldías se vuelven a mixtificar. Se establece además la figura de los alcaldes auxiliares en las poblaciones menores.

En la segunda época liberal con la llegada al poder de Miguel García Granados y posteriormente de Justo Rufino Barrios, Lázaro Chacón y Jorge Ubico, se observan tres cambios principales: el primero fue la sistemática mixtificación de las alcaldías indígenas, dejando únicamente una municipalidad por territorio, integrando a los ladinos en los cargos importantes de las mismas; el segundo, la remoción de la autoridad de la municipalidad para impartir justicia, trasladando la misma a los jueces de paz. Con esto se atenta directamente contra las

¹¹¹ *Ibid.*, pág. 181

¹¹² *Ibid.*, pág. 185

comunidades indígenas quienes pierden el derecho a juzgar a los miembros de su comunidad bajo sus normas y en su idioma; y el tercero la sustitución de los alcaldes por los intendentes municipales, quienes eran nombrados directamente por el organismo ejecutivo. Con esto se pierde la autonomía municipal.

- **La Época Revolucionaria de 1944 a 1954:**

Con la entrada al poder de la Junta Revolucionaria de Gobierno se dan varios cambios, según lo explica Lina Barrios *“las ideas de los revolucionarios respecto al gobierno de los municipios fueron: 1) eliminar la división indígena-ladino, creando al ciudadano guatemalteco, sin discriminaciones: se suprimió la alcaldía indígena, o sea el alcalde segundo, pues no era razonable que en un país los ladinos se gobernarán de un modo y los indígenas de otro. El ideal de los revolucionarios era que todos, como guatemaltecos, se gobernarán bajo un mismo gobierno municipal; ya no habría dos alcaldes sino sólo uno, fuese indígena o ladino, electo popularmente, a través de comités cívicos y partidos políticos. 2) Afirmar la autonomía municipal, como reacción a la imposición de los intendentes municipales por los gobiernos anteriores.”*¹¹³

La Constitución de 1945 regula lo relativo al gobierno municipal, y la Ley Municipal de 1946 lo amplía: *“El Código Municipal de 1946 estableció que la única forma de llegar a la alcaldía era por medio de elecciones populares y directas. Esto socavó el poder de los principales en las poblaciones indígenas, pues ellos ya no designarían a los integrantes de la municipalidad como lo hicieron durante la Colonia...y durante la República...Los líderes indígenas tradicionales no estuvieron de acuerdo con este sistema no indígena, y tuvieron que hacer adaptaciones para no perder el poder que tenían sobre la municipalidad.”*¹¹⁴ Aún con estos cambios, la influencia de los Principales en cuanto a quienes debían integrar las planillas de los partidos políticos persistió hasta 1954.

¹¹³ *Ibid.*, pág. 191

¹¹⁴ *Ibid.*, pág. 194

- **La Contrarrevolución de 1954 a 1963**

Con la entrada al poder de Carlos Castillo Armas se promulga una nueva Constitución en 1956 que proponía varios cambios al gobierno municipal: “Se creó un mecanismo de fortalecimiento económico a las municipalidades a través de un porcentaje del presupuesto general de ingresos y egresos del Estado (artículo 236), por medio del Instituto de Fomento Municipal. 2) Se estableció que las elecciones de autoridades municipales debían efectuarse en un solo día (artículo 232). 3) Se elaboró una clasificación de las municipalidades en categorías, para fijar alcances de su régimen económico, atendiendo a la realidad demográfica del municipio (artículo 234). 4) Se estableció que los alcaldes no podían ser enjuiciados ni detenidos sin orden de autoridad competente, excepto en caso de delito in fraganti (artículo 237). 5) Se estableció el recurso contencioso-administrativo para las resoluciones municipales (artículo 238).”¹¹⁵

En 1857 se emitió el nuevo Código Municipal que establece la elección de los alcaldes por medio del voto, y durante la década de los 50 “en los pueblos del Altiplano occidental con mayoría indígena aún se mantenía la influencia de los principales; y en pueblos indígenas con presencia ladina considerable, los ladinos controlaban a los partidos políticos y se mantuvieron en los cargos más altos de la municipalidad, permitiendo a los indígenas sólo algunos cargos inferiores.”¹¹⁶

- **De 1963 a 1981:**

En 1963 llega al poder Enrique Peralta Azurdia y se emite una nueva Constitución en 1965.

La influencia de los principales continuó con fuerza en varios pueblos aún con la entrada en vigor del Código Municipal de 1957: “los principales continuaron

¹¹⁵ *Ibid.*, pág. 203

¹¹⁶ *Ibid.*, pág. 210

influyendo a nivel municipal en varios pueblos; en los más tradicionales con mayor fuerza y con menor injerencia en donde había presencia de factores que los menos valoraban o atacaban directamente a ellos y a sus costumbres. Entre estos factores estaban los de índole política y partidista.”¹¹⁷

De la época de la Revolución de 1944 hasta el final de la segunda época liberal, podemos encontrar dos cambios radicales principales: el primero la eliminación de la alcaldía indígena durante el gobierno revolucionario, esto porque según lo proclamaban los gobernantes, todo el pueblo era únicamente guatemalteco, sin diferencias de razas ni castas, por lo que no debían existir dos formas diferentes de gobierno, sino que todos debían regirse por una misma autoridad. Y segundo, al caer el gobierno revolucionario, la vuelta a contar con un gobierno municipal separado entre ladinos e indígenas, con la diferencia que los alcaldes debían ser electos mediante el voto y se mantiene el sistema de partidos políticos. Sin embargo, en los pueblos en donde la mayoría de la población era indígena, la influencia de los principales, autoridades indígenas reconocidas por la comunidad, se mantuvo fuerte, incluso siendo los principales quienes nombraban a los candidatos que debían aparecer en los diferentes partidos políticos para así asegurar que el alcalde electo fuese de origen indígena.

- **De 1981 a finales del siglo XX e inicios del siglo XXI:**

Tal y como lo expone Lina Barrios, luego del golpe de estado de 1982, con la entrada de Ríos Montt al poder, se suprime la autonomía municipal *“nombrando a través de los gobernadores departamentales un alcalde y un vice-alcalde para cada municipio.”¹¹⁸*

“La Constitución de 1985 introdujo cambios en relación con el gobierno comunal, pues asignó el ocho por ciento de fondos del presupuesto de la nación para las

¹¹⁷ *Ibid.*, pág. 212

¹¹⁸ *Ibid.*, pág. 219

municipalidades...otro cambio en la Constitución de 1985 referente al régimen municipal, es la creación de juzgados municipales.”¹¹⁹

Continúa Barrios exponiendo en cuanto a los alcaldes indígenas luego de la promulgación de la Constitución de 1985 que *“la forma tradicional de acceder a los cargos municipales por designación de los principales ya no se practica. Por ello, para muchos indígenas, tener alcaldes de origen indígena a través de la contienda electoral, como lo establece la ley, es equivalente a tener alcalde indígena. Pero el sistema tradicional por designación de los principales y la forma actual vía proceso electoral son sustancialmente diferentes.”* Y expone que dentro de las asociaciones indígenas que surgen durante los noventa, surgió *“la Asociación Guatemalteca de Alcaldes y Autoridades Indígenas (AGAAI), ante el gran número de alcaldes de origen indígena que dirigen municipalidades en todo el altiplano occidental, para ayudarse mutuamente en la adecuada administración municipal.”¹²⁰*

Como lo expone Ochoa García, entre las alcaldías indígenas que sobreviven hasta hoy, podemos encontrar: *“En dos ciudades, cabeceras departamentales, Sololá y Totonicapán (cuyos departamentos tienen más de 90% de población indígena), han sido documentadas las llamadas Municipalidades o Alcaldías Indígenas (Tzaquitzal, Ixchiu y Tiú, 2000, Cumatz Pecher, 1998). Estas son instituciones que perduran del antiguo sistema de municipalidad dual o coexistencia de una municipalidad para indígenas y una para ladinos, sistema formalmente abolido por Ubico en 1932.”¹²¹*

Continúa exponiendo Ochoa que *“con el término “auxiliar” se designó, hasta el 2002, a los alcaldes comunales. Las auxiliaturas municipales, al igual que las alcaldías indígenas, tienen como característica común ser instancias de*

¹¹⁹ *Ibid.*, pág. 219

¹²⁰ *Ibid.*, pág. 225

¹²¹ Ochoa García, Carlos. *Derecho Consuetudinario y pluralismo jurídico*, Guatemala, primera edición, 2002, pág. 199

integración y coordinación de los alcaldes comunales del municipio. Si seguimos esta característica encontramos que la auxiliatura municipal sería una institución equivalente, en muchos aspectos, a la alcaldía indígena. La diferencia más notable, si la hay, entre ambas sería que las “auxiliaturas” funcionan en municipios de población mayoritariamente indígena, en muchos de los cuales nunca se estableció municipalidad ladina... Una “auxiliatura municipal”, también llamada alcaldía indígena y juzgado auxiliar, integra al conjunto de los alcaldes comunales de un municipio.”¹²²

2.3.1.1 Alcaldía Indígena de Sololá

Según lo expuesto por IBIS: “La Municipalidad Indígena de Sololá existe desde cientos de años atrás y se reconoce como una organización sociopolítica ancestral, histórica, representativa, solidaria y legítima del pueblo Maya, constituida como instrumento para la promoción y defensa de sus intereses civiles, económicos, culturales, sociales y políticos. Lo anterior, a nivel local, deriva en un reconocimiento de hecho de la autoridad que ejercen.”¹²³

Tal y como lo expone Ochoa García, “el sistema de alcaldía dual existió en Sololá a lo largo de todo el siglo XX. La base principal de la continuidad de la institución de la alcaldía indígena descansó en una doble capacidad de poder. Por un lado, la capacidad de articular a los Alcaldes Comunales dentro de un sistema de cargos de segundo nivel, o de nivel de municipio. Por otro lado, por constituir una instancia deliberativa cuya asamblea es presidida por la presencia de los alcaldes 1° y 2° y del síndico.”¹²⁴

Sigue exponiendo que “se trata de un sistema de autoridad que se originó en los antiguos sistemas de chinamitales y las formas de representación ejercidas por

¹²² *Ibid.*, pág. 200

¹²³ IBIS, derechos, educación y desarrollo, *Municipalidad Indígena de Sololá*, Guatemala, <http://ibisguatemala.org/contrapartes/municipalidad-indigena-de-solola/>, 20/04/2015

¹²⁴ Ochoa García, Carlos. *Op.cit.*, pág. 201

las cabeceras de grupos familiares. Este sistema fue incorporado al sistema del municipio colonial. Efectivamente, toda la terminología aún vigente es colonial (alcaldes, mayordomos, escribanos, fiscales, alguaciles). Sin embargo, a pesar de esta aparente relativa estabilidad, a partir de 1978 esta institución registra cambios que han afectado, en principio, el papel de varios de los cargos internos, sobre todo, de los regidores y alguaciles, los cuales se han debilitado. Con estas y otras transformaciones la influencia de la alcaldía indígena menguó frente a la alcaldía oficial, que funciona por el sistema de partidos políticos. El municipio de Sololá comprende nueve cantones y cuatro aldeas, todos con representantes en la Alcaldía o Municipalidad Indígena, No obstante, en la década de los noventa, tras el fin del conflicto armado, se registra un fortalecimiento de la alcaldía indígena, derivado, al parecer, de un fortalecimiento del papel de los alcaldes comunales en sus comunidades.”¹²⁵

Se compone de: “Primer Alcalde, Segundo Alcalde, 1 Síndico, 10 Regidores, 20 Alguaciles, 4 Mayori’, 18 Ajb’ijoy, 2 Pixkal, 2 Ajtzalam, 2 Ajchajiles, 9 Auxiliares.”¹²⁶

2.3.1.2 Junta Directiva de los Cuarenta y Ocho Cantones de Totonicapán

Tal y como lo explica Ochoa García “la Alcaldía Indígena de Totonicapán también fue conocida con el nombre de Alcaldía Segunda, Segunda Municipalidad o Juzgado Segundo de San Miguel Totonicapán. Hasta principios de los años noventa, esta institución estaba integrada por los alcaldes comunales de los cuarenta y ocho cantones del municipio. Actualmente, las comunidades están representadas allí por “alguaciles”, es decir, por servidores comunitarios de menor jerarquía. Tradicionalmente preside esta alcaldía el Regidor 4° de la Corporación Municipal oficial. Pero a cualquiera de las cuatro personas que tiene a su cargo la presidencia, vicepresidencia, secretaría o tesorería de esta alcaldía se les designa con el término de Cabezante o Regidor.

¹²⁵ *Ibid.*, pág. 203

¹²⁶ *Ibid.*, pág. 202

*La asamblea que integran cada uno de los representantes de los cantones del municipio.*¹²⁷

De acuerdo a lo expuesto dentro de los antecedentes de la alcaldía indígena a partir de 1981 podemos observar que los cambios que se dieron durante el gobierno de Efraín Ríos Montt constituyeron un retroceso en la autonomía municipal al ser nuevamente suprimida por el organismo ejecutivo. Con la entrada en vigor de la Constitución Política de la República de Guatemala en 1986 se logra re instituir la autonomía municipal al volver a permitir la elección de los alcaldes mediante el voto, la creación de los juzgados municipales y se asigna un porcentaje específico del presupuesto del Estado para las municipalidades.

Se mantiene la figura de un alcalde indígena, aunque conocido bajo el nombre de alcalde auxiliar hasta el año 2002, y sus principales funciones consisten en integrar y coordinar a los diferentes alcaldes comunales en una sola institución.

Las dos alcaldías indígenas principales que sobreviven hasta hoy son la de Sololá y la de Totonicapán, ambas reúnen representantes de cada uno de los cantones y de las comunidades de su municipio y ambas tienen representación en la alcaldía estatal. Dentro de estas alcaldías se mantiene la forma de elección de las autoridades en base a la cosmovisión maya de antes de la colonia. Con el fin del conflicto armado a mediados de los años noventa, el papel de los alcaldes comunales cobra mayor importancia, por lo que esto ha contribuido a que estas alcaldías se mantengan hasta ahora. Como se expuso también, las alcaldías indígenas existen como un órgano conciliador encargado de solventar conflictos entre las partes que se sometan a su jurisdicción de manera voluntaria, siempre que los hechos no sean lo suficientemente graves como para ameritar que sean conocidos por un juez de paz oficial.

¹²⁷ *Ibid.*, pág. 203

2.4 Coordinación entre Derecho Indígena y Derecho Estatal

Según Martínez M., Juan Carlos, y otros, “*el concepto de sistemas normativos de los pueblos indígenas hace referencia a una noción que da centralidad al reconocimiento. Lo que en realidad se reconoce no es la potestad de impartir justicia, sino la existencia de los sistemas jurídicos propios y específicos de los pueblos indígenas y la potestad que ellos mismos les confieren a algunas personas de su comunidad para impartir justicia.*”¹²⁸

Continúan exponiendo que “*con el reconocimiento de la jurisdicción lo que se acepta es la existencia real y jurídica de la autonomía diferencial de los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas respecto del sistema jurídico nacional que lo reconoce, con base en las siguientes características propias: un sistema cultural, una trayectoria histórica, una formación jurídica y una configuración política; vale decir, son sistemas jurídicos que dependen de sus propios sentidos de espiritualidad, resistencia, justicia y autonomía, y que tienen normas, autoridades y procedimientos que no necesariamente se encuentran definidos por el sistema jurídico nacional.*”¹²⁹ A esto le agregan que “*cabe recordar que al ser relacional, **la interculturalidad no busca ni la secesión judicial ni la subsunción de la jurisdicción indígena en cualquier otra ni viceversa**; por el contrario busca que se puedan conectar —eso sí— preservando la identidad judicial y construyendo la cooperación, para que los sistemas jurídicos se desarrollen manteniendo celosamente sus respectivas independencias y armonías internas.*”¹³⁰

En el caso de Guatemala, el reconocimiento del derecho consuetudinario o derecho indígena empieza formalmente con los Acuerdos de Paz, tal y como expone Ochoa García: “*El proceso de paz promovió en Guatemala un marco de nuevas relaciones al interior de la sociedad civil; además, permitió la*

¹²⁸ Martínez M., Juan Carlos y otros. *Elementos y técnicas para pluralismo jurídico: Manual para operadores de justicia*, Guatemala, Fundación Konrad Adenauer, primera edición, 2012, pág. 55

¹²⁹ *Loc. cit.*

¹³⁰ *Loc. cit.*

*deliberación y negociación al interior del movimiento maya porque este proceso condujo a que las posiciones se plantean ante el sistema. El reconocimiento de las normas consuetudinarias se establece como un compromiso específico de los Acuerdos de Paz, específicamente en el Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas (AIDPI). Este reconocimiento es un compromiso que tiene como punto de partida una redefinición de la nación. Los Acuerdos de Paz adquieren en el AIDPI toda su dimensión conceptual y estratégica en el tratamiento de los derechos de los Pueblos Indígenas, como señala García Ruiz (1998): 'El Acuerdo es uno de los pocos ejemplos a nivel mundial de aplicación de la perspectiva, es decir que han elevado a rango normático (para ser) incluido en el Derecho Guatemalteco prácticas sociales cuyo carácter histórico normativo era un componente del sistema cultural. En otras palabras, no se trata simplemente de reconocer el "derecho consuetudinario" (que es un intento de recuperación por parte de los Juristas) sino reconocer que existen prácticas sociales reguladoras de una normatividad social. En las diversas sociedades guatemaltecas y que dicho sistema tiene su propia lógica operativa.'*¹³¹

El contenido del Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas se centra en cinco puntos fundamentales, tal y como lo expone Ochoa García:

"- Manda el reconocimiento de esta normatividad mediante nuevas disposiciones en la Constitución, la promoción y desarrollo de leyes específicas (el Código Penal y el Código Municipal) y la promoción de reformas institucionales.

- El AIDPI abre una perspectiva de nación que permite dar un reconocimiento que hacen de los Pueblos Indígenas el sujeto titular de derechos; sin embargo, presenta lo local-comunitario como ámbito territorial de las normas consuetudinarias. Este reconocimiento aunque limitado, fundamentales formas democráticas locales, la participación, la consulta, el manejo de recursos y el desarrollo autogestionado.

¹³¹ Ochoa García, Carlos. *Op.cit.*, pág. 161

- El AIDPI establece una fórmula en que es objeto de reconocimiento las autoridades comunitarias (alcaldes auxiliares), a fin de que sean éstas quienes señalen las costumbres que constituyen su norma interna;
- El AIDPI manda el desarrollo de programas de educación y capacitación, la figura del peritaje cultural y de los intérpretes, a quienes identifica como los mecanismos que permitirán una comprensión de la normatividad indígena.
- El AIDPI extiende el objeto de reconocimiento a los asuntos internos comunitarios (participación, seguridad jurídica de la tierra, resolución de conflictos, entre otros).¹³²

Según lo planteado por el Instituto de la Defensa Pública Penal “el AIDPI plantea como compromiso de Gobierno el reconocimiento y respeto de la identidad, así como de los derechos políticos, económicos, sociales y culturales de los pueblos maya, garífuna y xínca. En el Capítulo de Derechos Civiles, Políticos, Sociales y Económicos reconoce que “...tanto el desconocimiento “los pueblos indígenas han sido marginados en la toma de decisiones en la vida política del país, haciéndoseles extremadamente difícil, si no imposible, su participación para la libre y completa expresión de sus demandas y la defensa de sus derechos” (Capítulo IV, literal D, numeral 1). También reconoce que los pueblos indígenas tienen derecho “...a la oportunidad real de ejercer libremente sus derechos políticos” (Capítulo IV, literal D, numeral 2).”¹³³

En concreto, en cuanto al reconocimiento y coordinación con el derecho estatal, encontramos en el AIDPI los siguientes enunciados:

“I. IDENTIDAD DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS...2. La identidad de los pueblos es un conjunto de elementos es un conjunto de elementos que los definen y, a su vez, los hacen reconocerse como tal. Tratándose de la identidad maya, que ha demostrado una capacidad de resistencia secular a la asimilación son

¹³² Ochoa García, Carlos. *Op.cit.*, pág. 162

¹³³ Instituto de la Defensa Pública Penal, *Guía de peritajes culturales*, Guatemala http://descargas.idpp.gob.gt/Data_descargas/documentos/INTERIORESGUIAPERITRAJESCULTURALES.pdf , 05/05/2015

*elementos fundamentales:...d) Una cultura común basada en los principios y estructuras del pensamiento maya, una filosofía, un legado de conocimientos científicos y tecnológicos, una concepción artística y estética propia, una memoria histórica colectiva propia, una organización comunitaria fundamentada en la solidaridad y el respeto a sus semejantes, y una concepción de la autoridad basada en valores éticos y morales...*¹³⁴

“IV. DERECHOS CIVILES, POLÍTICOS, SOCIALES Y ECONÓMICOS... B. Comunidades y autoridades indígenas locales...2. *Teniendo en cuenta el compromiso constitucional del Estado de reconocer, respetar y promover estas formas de organización propias de las comunidades indígenas, se reconoce el papel que corresponde a las autoridades de las comunidades, constituidas de acuerdo a sus normas consuetudinarias, en el manejo de sus asuntos.*

3. Reconociendo el papel que corresponde a las comunidades, en el marco de la autonomía municipal, para el ejercicio del derecho de los pueblos indígenas a decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, y en particular con relación a la educación, la salud, la cultura y la infraestructura, el Gobierno se compromete a afirmar la capacidad de dichas comunidades en esta materia.

4. Para ello, y para propiciar la participación de las comunidades indígenas en el proceso de toma de decisiones sobre todos los asuntos que les afecten, el Gobierno promoverá una reforma al Código Municipal.

5. Dicha reforma se promoverá de acuerdo con las conclusiones que la comisión de reforma y participación, establecida en el presente capítulo, literal D, párrafo 4, adoptará sobre los siguientes puntos, en el contexto de la autonomía municipal y de las normas legales reconociendo a las comunidades indígenas el manejo de sus asuntos internos de acuerdo con sus normas consuetudinarias, mencionadas en el presente capítulo, literal E, párrafo 3:

a) Definición del estatus y capacidades jurídicas de las comunidades indígenas y de sus autoridades constituidas de acuerdo a las normas tradicionales;

¹³⁴ Acuerdo Sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas

b) *Definición de formas para el respeto del derecho consuetudinario y todo lo relacionado con el hábitat en el ejercicio de las funciones municipales, teniendo en cuenta, cuando sea el caso, la situación de diversidad lingüística, étnica y cultural de los municipios;*

c) *Definición de formas para promover la equitativa distribución del gasto público, incluyendo el porcentaje del presupuesto general de ingresos ordinarios del Estado trasladado anualmente a las municipalidades, entre las comunidades indígenas y no indígenas, integrantes del municipio, fortaleciendo la capacidad de dichas comunidades de manejar recursos y ser los agentes de su propio desarrollo; y*

d) *Definición de formas para la asociación de comunidades en la defensa de sus derechos e intereses y la celebración de acuerdos para diseñar y ejecutar proyectos de desarrollo comunal y regional...*

E. Derecho Consuetudinario... 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.*

4. *En aquellos casos donde se requiera la intervención de los tribunales, y en particular en materia penal, las autoridades correspondientes deberán tener plenamente en cuenta las normas tradicionales que rigen en las comunidades. Para ello, el Gobierno se compromete a tomar las siguientes medidas:*

a) *Proponer, con la participación de representantes de las organizaciones indígenas, disposiciones legales para incluir el patrimonio cultural y desarrollar*

mecanismos que otorguen atribuciones a las autoridades comunitarias para que señalen las costumbres que constituyen su normatividad interna; y

b) Impulsar, en coordinación con las universidades de Guatemala, las asociaciones profesionales y las organizaciones indígenas, un programa permanente para jueces y agentes del Ministerio Público sobre la cultura y rasgos de identidad de los pueblos indígenas, en especial en el reconocimiento de sus normas y mecanismos que regulan su vida comunitaria.

5. Para asegurar el acceso de los indígenas a los recursos del sistema jurídico nacional, el Gobierno se compromete a impulsar servicios de asesoría jurídica gratuita para personas de bajos recursos económicos y reitera su obligación de poner gratuitamente a disposición de las comunidades indígenas intérpretes judiciales, asegurando que se aplique rigurosamente el principio que nadie puede ser juzgado sin haber contado con el auxilio de interpretación en su idioma.”¹³⁵

En cuanto al reconocimiento constitucional que se buscaba en los acuerdos de paz, Raquel Yrigoyen Fajardo indica que: *“como parte de los Acuerdos de Paz entre el Gobierno y la URNG, se firmó el Acuerdo sobre Reforma Constitucional y Régimen Electoral, en el cual se planteaban algunas reformas constitucionales para hacer viables y convertir en obligaciones jurídicas los compromisos adquiridos por los Acuerdos de Paz...Después de la Paz Firme y Duradera, algunas organizaciones iniciaron la elaboración de propuestas. La Coordinadora de Organizaciones del Pueblo Maya de Guatemala -COPMAGUA- convocó magnas asambleas para constituir comisiones de trabajo que hiciesen aportes a las reformas constitucionales, aprobarlas y presentarlas. En estas reuniones hubo participación masiva de las organizaciones. Hubo dificultades para el seguimiento de las comisiones y coordinación entre ellas, y no se articuló suficientemente la participación local. Sin embargo, se logró consensuar y aprobar propuestas para la reforma constitucional. La articulación y redacción de las propuestas fue tarea de la Comisión Nacional Permanente de Reformas*

¹³⁵ Acuerdo Sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas

*Constitucionales de los Pueblos Indígenas y fue presentada con cinco mil firmas ante el Congreso. Ésta fue la participación ciudadana más significativa.*¹³⁶

Al respecto Ochoa García expone que: *“El derecho consuetudinario entró a debate político en Guatemala cuando se propuso en 1999 un referéndum para reformar la Constitución de la República. Este referéndum o consulta popular, estaba dividido en cuatro bloques de preguntas sometidas para su aprobación. Sin embargo, éste se presentó a la población dentro de un marco expositivo en exceso complicado y sin considerar suficiente tiempo para un mayor debate nacional.142 Los artículos sobre el reconocimiento de derecho consuetudinario aparecían poco visibles junto a otras cincuenta reformas.”*¹³⁷

Yrigoyen Fajardo expone que los cuatro bloques sometidos a votación popular fueron: *“1) de la Nación y derechos sociales; 2) sobre el Legislativo; 3) sobre el Ejecutivo; 4) sobre la Justicia. Ninguno de los temas logró la votación suficiente para que se realizasen las reformas constitucionales correspondientes en la ‘consulta popular’ del domingo 16 de mayo de 1999, con lo cual el tema de la constitucionalización de los Acuerdos de Paz ha quedado pendiente.”*¹³⁸

Continúa manifestando Yrigoyen Fajardo respecto a la propuesta de reforma sobre el derecho consuetudinario: *“El texto que aprobó el Congreso sobre el reconocimiento del derecho consuetudinario indígena es el siguiente: ‘Art.203: Independencia del Organismo Judicial y Potestad de Juzgar. La justicia se imparte de conformidad con la Constitución y leyes de la República. Corresponde a los tribunales de justicia la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado. Los otros Organismos del Estado deberán prestar a los tribunales el auxilio que requieran para el cumplimiento de sus resoluciones. Los magistrados y jueces son independientes en el ejercicio de sus funciones y*

¹³⁶ Yrigoyen Fajardo, Raquel. *Op.cit.*, pág. 71

¹³⁷ Ochoa García, Carlos. *Op.cit.*, pág. 162

¹³⁸ Yrigoyen Fajardo, Raquel. *Op.cit.*, pág. 74

únicamente están sujetos a la Constitución de la República y a las leyes. A quienes atentaren contra la independencia del Organismo Judicial además de imponérseles las penas fijadas por el Código Penal, se les inhabilitará para cualquier cargo público.

La función jurisdiccional se ejerce con exclusividad absoluta, por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que la ley establezca. Ninguna otra autoridad podrá intervenir en la administración de justicia.

El estado reconoce el derecho consuetudinario, entendido como las normas, principios, valores, procedimientos, tradiciones y costumbres de los pueblos indígenas para la regulación de su convivencia interna, así como la validez de sus decisiones, siempre que la sujeción al mismo sea voluntaria y que no se violen derechos fundamentales, definidos por el sistema jurídico nacional, los tratados internacionales en materia de derechos humanos aceptados y ratificados por Guatemala, ni se afecten intereses de terceros.”¹³⁹

Ochoa García indica sobre esta reforma que: *“El referéndum contenía varias reformas relevantes al derecho consuetudinario pero concentraba en el Art. 203 el reconocimiento, en donde también establecía sus límites, sujetando su ejercicio a la voluntariedad de las partes, a que no se violen derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional y por tratados y convenios internacionales y a que no se afecten intereses de terceros. La opinión pública criticó la fórmula señalada por el Art. 203, entre otras razones, por pulverizar el sistema jurídico indígena en componentes aislados (normas, principios valores, procedimientos, tradiciones y costumbres), y no haber modificado el párrafo 2º. Del 203, sobre la exclusividad de la función jurisdiccional”¹⁴⁰*

Carlos Mendoza critica las reformas propuestas exponiendo: *“Respecto al reconocimiento de las autoridades tradicionales de las comunidades indígenas,*

¹³⁹ *Ibid.*, pág. 77

¹⁴⁰ Ochoa García, Carlos. *Op.cit.*, pág. 162

la reforma al artículo 66 remite a la reforma del artículo 203, sobre la independencia del Organismo Judicial y la potestad de juzgar, por lo que la reforma limita claramente los alcances del derecho consuetudinario indígena al afirmar que es válido “siempre que la sujeción al mismo sea voluntaria y que no se violen derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional, los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos aceptados y ratificados por Guatemala, ni se afecten intereses de terceros.” También el artículo 203 conservaba el principio de que “la función jurisdiccional se ejerce, con exclusividad absoluta, por la Corte Suprema de Justicia, y por los demás tribunales que la ley establezca. Ninguna otra autoridad podrá intervenir en la administración de la justicia.” Con dichas condicionantes y limitaciones todo cuestionamiento sobre las posibles consecuencias negativas del uso del derecho consuetudinario en el área penal parece perder fundamento.”¹⁴¹

Según Raquel Yrigoyen Fajardo “El Estado guatemalteco adolece de un déficit de legitimidad por no responder ni representar la realidad pluricultural del país y por haber marginado históricamente a los pueblos indígenas, su cultura, sus derechos y su sistema jurídico. Este reconocimiento permitiría que la institucionalidad jurídico-política del Estado responda a la existencia del pluralismo legal y sea más acorde a la configuración social de una nación pluricultural, multilingüe y multiétnica. El imperativo jurídico se deriva de las obligaciones adquiridas por el Estado guatemalteco al ratificar el Convenio 169 de la OIT, ya que debe adecuar la legislación nacional al mismo. El imperativo político es producto de los compromisos contraídos en los Acuerdos de Paz.”¹⁴²

Continúa manifestando que “el diseño de una fórmula constitucional de reconocimiento del Derecho Indígena o Consuetudinario, debería tomar en

¹⁴¹ Mendoza, Carlos, *Guatemala: Más allá de los Acuerdos de Paz*, Estados Unidos, 2001, <http://courseware.url.edu.gt/PROFASR/Docentes/Facultad%20de%20Ciencias%20Pol%C3%ADticas%20y%20Sociales/Gu%C3%ADa%20de%20Estudio%20Semipresencial%20Diagn%C3%B3stico%20y%20Participaci%C3%B3n%20Social%20I/Materiales%20adicionales%20de%20lectura/Guatemala%20m%C3%A1s%20all%C3%A1%20de%20los%20Acuerdos%20de%20Paz.pdf> , 10/05/2015

¹⁴² Yrigoyen Fajardo, Raquel. *Op.cit.*, pág. 82

cuenta: 1) el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes; 2) los compromisos de los Acuerdos de Paz y las recomendaciones derivadas de las comisiones creadas por los mismos; 3) la consulta a los pueblos indígenas (que suponga un amplio proceso de información y participación) y 4) el diálogo intercultural e intersectorial a nivel de la ciudadanía en su conjunto, en el marco de un proceso político transparente, informado y participativo.”¹⁴³

Por su parte la Comisión Interamericana de Derechos Humanos describe que “*la legislación en Guatemala contiene normas de rango constitucional y legal relacionadas con los pueblos indígenas. La tendencia legislativa de la última década en esta materia se ha caracterizado por incorporar en el ordenamiento legal, de manera dispersa, normas de reconocimiento y protección en favor de los derechos indígenas; por ejemplo, en relación con la promoción de la educación bilingüe intercultural, la creación de instituciones de protección y defensa de la mujer indígena, la incorporación del delito de discriminación, y el reconocimiento de los idiomas indígenas como nacionales, entre otras. Sin embargo, debido a su falta de implementación efectiva, estas normas -muchas de ellas antiguas- no han traído aparejados los resultados que las normas perseguían.*”¹⁴⁴

Por el momento la legislación vigente que contiene normativas que regulan e integran el derecho consuetudinario en Guatemala son:

- Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- Declaración Universal de los Derechos Humanos
- Declaración de las Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas
- Constitución Política de la República de Guatemala

¹⁴³ *Ibid.*, pág. 84

¹⁴⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *La Situación de los Pueblos Indígenas*, <http://www.cidh.org/countryrep/Guatemala2003sp/capitulo4.htm> , 10/05/2015

- Ley del Organismo Judicial (Decreto 2-89, Ref. 11-93)
- Código Procesal Penal (Decreto 51-92)
- Código Municipal (Decreto 12-2002)
- Ley General de Descentralización (Decreto 14-2002)

La aceptación en inclusión del derecho indígena dentro del sistema de derecho estatal no ha sido fácil ni completa. El derecho penal indígena siempre ha existido, pero sus fines y principios no son los mismos del derecho occidental. Tal y como se expuso anteriormente, la falta de los principios de legalidad y de presunción de inocencia marcan las dos más grandes diferencias entre ambos sistemas. Lo que se busca con la aceptación de la jurisdicción indígena es el reconocimiento que, por el mismo hecho de existir diferencias entre la cosmovisión maya y su filosofía y los principios del derecho penal y las personas a quienes se les aplica, deben de ser respetados los deseos de las personas indígenas a ser juzgados y a someterse a un sistema que esté acorde a sus creencias, a sus normas, que esté en su idioma y que responda a las necesidades inmediatas de celeridad y eficiencia en la aplicación de la justicia, siempre que estas no sean contradictorias a los derechos fundamentales que el sistema jurídico estatal vela por proteger.

Luego de la finalización del conflicto armado en Guatemala con la firma de los Acuerdos de Paz, el Estado de Guatemala adopto determinados compromisos para la constitucionalización del derecho consuetudinario, en un sentido estricto y limitándolo así de ser considerado como un sistema tal cual, por medio del Acuerdo el Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas (AIDPI) en el que el Estado se comprometía a promover las reformas constitucionales necesarias para lograrlo.

Estas reformas fueron propuestas por algunas instituciones indígenas de una manera poco técnica, por lo que los textos de las reformas no fueron de fácil entendimiento para muchas personas. El contenido de las reformas se plasmó

para su aprobación en cuatro bloques principales: 1) de la Nación y derechos sociales; 2) sobre el Legislativo; 3) sobre el Ejecutivo; 4) sobre la Justicia. Los dos más grandes cambios que se propusieron fueron la redefinición del concepto de nación tal y como se establece en la Constitución, y un agregado al artículo 203, por medio del cual se reconocería el derecho consuetudinario como un conjunto de normas, valores, principios y costumbres de los pueblos indígenas que regularían la convivencia de las comunidades y le daría validez y legitimidad a las decisiones tomadas bajo este sistema, siempre que, tal y como ya quedó dicho, las personas se sometiesen al mismo de manera voluntaria y no se violentaren los derechos humanos contenidos por el sistema jurídico estatal y por los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos ratificados por Guatemala.

Debido a la forma desorganizada de la presentación de las reformas y de su poca explicación, ninguna de las reformas obtuvo los votos suficientes durante la Consulta Popular de 1,999 para lograr la reforma constitucional que se pretendía, quedando así en el olvido el ingreso en el orden constitucional del sistema jurídico indígena.

Dentro de los compromisos asumidos dentro del AIDPI en cuanto a los derechos civiles, políticos, sociales y económicos, se pretende reconocer el papel de las comunidades indígenas dentro del gobierno municipal, debiéndose promover una reforma al Código Municipal para definir el estatus y las capacidades jurídicas de las comunidades indígenas e institucionalizar la representación de los mismos en los diferentes niveles de gobierno local, regional y nacional.

2.5 Derecho Indígena de la Posguerra en Guatemala

De acuerdo a lo expuesto por Rachel Sieder y Carlos Flores Arenales *“el impacto de 36 años de conflicto armado, especialmente de la violencia contrainsurgente de los años ochenta, tuvo un impacto incalculable en las*

organizaciones populares. Una generación entera de líderes indígenas fue asesinada o desaparecida, y los efectos de las campañas contrainsurgentes del ejército siguen dividiendo comunidades y condicionando las acciones individuales y colectivas hoy día.”¹⁴⁵

Continúan exponiendo que “a pesar de la debilidad relativa del movimiento indígena y el espacio limitado para la garantía legal de los derechos indígenas colectivos, Guatemala sí ha experimentado una ‘transformación multicultural’ de su política durante los últimos 13 años. Esto en gran parte se debe a dos factores: primero, la implementación de los acuerdos de paz, y específicamente el papel de la comunidad internacional y la cooperación internacional para el desarrollo en este proceso y, segundo, la rearticulación del movimiento Maya después del conflicto armado y el proceso de paz... El modelo posconflicto de desarrollo promovido por la comunidad internacional ha puesto énfasis en la descentralización administrativa, el incremento de la participación local en la provisión de bienes públicos, y el reconocimiento de ‘la cultura’ y la diversidad étnica...No obstante lo anterior, este giro estatal a favor de reconocer ‘la cultura’ no ha significado el reconocimiento pleno de los derechos económicos, sociales y culturales de los pueblos indígenas plasmados en los instrumentos internacionales...Además, los espacios institucionales que se han abierto para los pueblos indígenas dentro del Estado son altamente dependientes de la cooperación internacional, y es incierto qué pasará con ellos cuando los fondos internacionales ya no estén. El segundo factor, la rearticulación y revitalización del movimiento Maya, es en parte una respuesta a la frustración generalizada con los limitados cambios logrados desde que se firmó la paz, y con los efectos del proceso de paz en movimiento.”¹⁴⁶

¹⁴⁵ Sieder, Rachel y Flores Arenales, Carlos. *Vergüenza: Autoridad, autonomía y derecho indígena en la Guatemala de posguerra*, Guatemala, F&G Editores, 2011, primera edición, pág. 14

¹⁴⁶ *Ibid.*, pág. 16

Por su parte Carlos Mendoza expone que: *“Después de 36 años de conflicto armado interno, en Guatemala se están reconstruyendo las instituciones democráticas y el tejido social. Sin embargo, el Estado continúa siendo excluyente y no concuerda con la realidad multicultural del país. La pobreza afecta a la mayoría de los hogares y las características del modelo económico adoptado no favorecen una distribución equitativa de los ingresos. En la sociedad persiste la intolerancia y la discriminación. La polarización ideológica, acentuada durante el enfrentamiento, ha obstaculizado el diálogo franco y realista que permita trascender los Acuerdos de Paz para dar soluciones definitivas a los problemas que originaron la guerra.”*¹⁴⁷

Sieder y Flores Arenales indican que *“los procesos de revitalización del derecho indígena pueden entenderse en tres distintos niveles. Primero, son intentos por reconstruir normas comunitarias de convivencia después del conflicto armado, cuando fueron comunes graves violaciones a los derechos humanos en el contexto de la violencia militar y los conflictos inter e intracomunitarios. Segundo, representan una respuesta a los altos niveles de inseguridad, crimen y violencia que afectan actualmente a la mayoría de los guatemaltecos. Tercero, son parte de una lucha más amplia, y a menudo altamente politizada, de reivindicación étnica...Los activistas mayas...reconocen que las instituciones, estructuras de autoridad y prácticas de justicia en las comunidades indígenas han sido transformadas por la guerra, la modernización socioeconómica, la conversión religiosa, la migración y otros procesos históricos, insisten en la unidad étnica, moral y epistemológica del derecho maya. En ese sentido, perciben su trabajo como un esfuerzo por recuperar, redescubrir y fortalecer tal unidad.”*¹⁴⁸

¹⁴⁷ Mendoza, Carlos, *Guatemala: Más allá de los Acuerdos de Paz*, Estados Unidos, 2001, <http://courseware.url.edu.gt/PROFASR/Docentes/Facultad%20de%20Ciencias%20Pol%C3%ADticas%20y%20Sociales/Gu%C3%ADa%20de%20Estudio%20Semipresencial%20Diagn%C3%B3stico%20y%20Participaci%C3%B3n%20Social%20I/Materiales%20adicionales%20de%20lectura/Guatemala%20m%C3%A1s%20all%C3%A1%20de%20los%20Acuerdos%20de%20Paz.pdf> , 10/05/2015

¹⁴⁸ Sieder, Rachel y Flores Arenales, Carlos. *Op.cit.*, pág. 22

La existencia del conflicto armado interno en Guatemala y su finalización con la firma de los Acuerdos de Paz en 1996 acarrearón diferentes problemas en materia jurídica tanto para la población ladina como para las poblaciones indígenas. La recuperación de la estructura social y el intento por lograr el reconocimiento del derecho indígena dentro de la estructura del derecho estatal no se ha logrado.

Aun cuando existen determinadas normas, tanto en la Constitución como en leyes ordinarias, los elementos como la pobreza, el racismo y la discriminación y la división de ideologías que generó el conflicto armado, han impedido que se logren alcanzar los objetivos de los Acuerdos de Paz. Las comunidades indígenas en su mayoría se vieron diezmadas y divididas durante el conflicto armado, perdiendo así uno de los elementos que rigen la vida dentro de la cosmovisión maya: la unidad. Por esta razón, luego de la terminación del conflicto, las comunidades se han concentrado en recuperar los elementos de su justicia y normas que rigen las mismas y en reparar los daños hechos a la memoria colectiva de sus pobladores, buscando así lograr la armonía y la unidad perdida y protegerse ante los elementos de violencia e inseguridad que se mantienen aún después de la firma de la paz.

Estos procesos son lentos y dependientes en un alto porcentaje de la ayuda internacional que prestan diferentes asociaciones y ONGs, por lo que la mayor amenaza para lograr los objetivos de recuperación de las comunidades en todas las materias, incluyendo la jurídica, es el factor económico, ya que los esfuerzos realizados no son auto sostenibles.

2.5.1 Los elementos legítimos del derecho maya ante los derechos humanos aplicados en Santa Cruz del Quiché

Tal y como lo exponen Sieder y Flores Arenales “*Quiché fue muy golpeado por el conflicto armado. Durante los años setenta y ochenta el departamento fue un centro de movilización popular, primero por el movimiento modernizante de*

Acción Católica, y luego por el semiclandestino Comité de Unidad Campesina (CUC), y el grupo insurgente Ejército Guerrillero de los Pobres (EGP). Activistas y autoridades indígenas fueron blanco de la represión dirigida por políticos ladinos locales y el ejército guatemalteco, represión que se incrementó desde 1974. Después de 1980, los asesinatos y desapariciones forzadas selectivas fueron acompañados por una represión generalizada, que incluyó masacres, tortura, desapariciones y violaciones. Comunidades enteras fueron destruidas y la población civil desplazada. Casi todos los cantones alrededor de Santa Cruz fueron blanco de ataques del ejército en 1980, 1981 y 1982.”¹⁴⁹

Continúan exponiendo que “para 1983 el ejército controlaba directamente todos los cantones de Santa Cruz. Las instituciones comunitarias fueron destruidas y reemplazadas por el control militar. Todos los hombres indígenas en edades entre 16 y 20 fueron obligados a participar en las patrullas de autodefensa civil (PAC). Con anterioridad, las autoridades indígenas comunales resolvían disputas sobre tierras, herencias, conflictos intrafamiliares u otros problemas locales. Sin embargo, la violencia contrainsurgente dejó a las personas sin mecanismos pacíficos y culturalmente apropiados para regular su coexistencia.”¹⁵⁰

Para el caso de Santa Cruz del Quiché, exponen los autores previamente citados que: ‘Para los habitantes indígenas de Santa Cruz, el sistema oficial de justicia ofrece pocas opciones para resolver los conflictos que frecuentemente ocurren en sus familias y comunidades. Esto se debe, en parte, a que los crímenes y faltas generalmente no terminan en condenas judiciales. Asimismo, los procedimientos de justicia estatal no reflejan de forma adecuada los valores morales y culturales de los habitantes de las comunidades k’iche’ y por lo tanto no llenan sus expectativas de justicia.”¹⁵¹

¹⁴⁹ *Ibid.*, pág. 26

¹⁵⁰ *Ibid.*, pág. 27

¹⁵¹ *Ibid.*, pág. 29

Dentro de las comunidades de origen k'iche' existen determinados pasos para la aplicación del derecho maya, tal y como lo explica Juan Carlos Enrique Larios Ren:

“- Uyaik o ujachik cho mexa’ : el aviso. Esta etapa constituye el paso inicial para arreglar un problema, el cual consiste en hacer del conocimiento de la autoridad encargada o elegida, la existencia de un acontecimiento que ha trastornado la armonía y la paz de las personas, la familia o la comunidad. Cuando surge un problema se conversa para buscar una solución.

- Unik´oxik rij: el análisis. En esta fase se evalúa la denuncia presentada, a fin de determinar si se interviene o no en el arreglo y para ver si las partes en conflicto solicitan también la participación de sus familiares.

- Sik´nik: la convocatoria o citación. Es el momento en que se llama a las personas involucradas en el problema y se les invita para que lleguen a contar o ampliar los elementos del aviso. Cuando se trata de problemas más graves se llama, no sólo a la persona en conflicto, sino también a su familia por separado. El fin es generar confianza entre las partes y las familias y que se hable sobre el problema, esto permite conocer con amplitud otros aspectos. Finalmente, se convoca a todos los involucrados en un solo sitio.

- Utaik utatb´ixik ri tzij: intercambio de ideas y apreciaciones sobre el problema. Aquí es donde se da el espacio a las personas involucradas en el problema para que hablen o dialoguen, pueden participar también las personas que, sin estar involucradas directamente, conocen lo que está ocurriendo o pueden hacer algún aporte importante. En este espacio se orienta para asumir una actitud de qatatb´ej, que es una palabra maya K´iche' que significa “el reflejo del pensamiento maya de escuchar lo que otros dicen, propiciando el espacio para que también yo sea escuchado. Escucharse mutuamente, manteniendo el respeto de igual forma, aunque una de las partes no esté de acuerdo con la versión del otro. En esta etapa, también se escucha a los testigos, familiares,

papás, abuelos y otras personas si están presentes; aquel que escucha tiene igualmente la posibilidad de hablar."¹⁵²

Estas etapas las explican Sieder y Flores Arenales como: *"La investigación exhaustiva implica escuchar a todas las partes y es un elemento central y generalizado del derecho maya. Durante sus investigaciones, las autoridades indígenas hablan con los acusados y sus familias, y con los agraviados y sus familiares. Las asambleas comunitarias posteriormente proveen un espacio donde todos los habitantes de la comunidad pueden escuchar las distintas versiones y expresar sus opiniones. La celeridad es otro elemento común en el derecho maya, a diferencia de los meses y años que tarda el sistema de justicia oficial en investigar los crímenes y procesar a los acusados. El derecho comunitario es rápido.*"¹⁵³

Continuando con las etapas expuestas por Larios Ren:

"- Latzij om tzijtaj: la dualidad de la verdad o la mentira. Fase que se da únicamente cuando el problema es mayor y es un tiempo para la verificación o comprobación de aspectos del problema. Es el espacio para escuchar a otras personas, la familia o a la comunidad que luego no estarán presentes en el arreglo final, el escuchar las diferentes opiniones permite tener mayor claridad sobre el problema. Resulta interesante que esta práctica actual de escuchar las versiones de todas las personas que de alguna manera conocen el problema, se ha realizado desde tiempos remotos. Entra en juego el fundamento de la verdad y buscar los mecanismos para que el conflicto sea resuelto de manera equitativa.

- Uk'otik chi'a'j: conocimiento y complementación del problema. Es el momento para sistematizar y reconocer a profundidad los hechos y valorar las pruebas. Se

¹⁵² Larios Ren, Juan Carlos Enrique, *Violación a los principios filosóficos del Derecho Maya por la aplicación de castigos corporales a las personas que han cometido un ilícito en el municipio de Santa Cruz del Quiché del departamento de El Quiché*, Guatemala, 2007, Tesis de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala, pág. 21

¹⁵³ Sieder, Rachel y Flores Arenales, Carlos. *Op.cit.*, pág. 41

*reúnen las distintas versiones obtenidas, esta forma de guardar el conocimiento puede ser por escrito o de forma oral como se ha hecho tradicionalmente. En esta etapa, los ancianos se reúnen y escuchan la opinión de las otras autoridades presentes en la comunidad o fuera de ella, además se busca el equilibrio y el entendimiento entre las partes afectadas.”*¹⁵⁴

Estas etapas, nuevamente explicadas por Sieder y Flores Arenales indican que: *“En el derecho maya es de primordial importancia establecer la verdad. Generalmente esto se hace a través de la investigación y confesión del acusado...Según los alcaldes comunitarios y alcaldes indígenas, la asamblea comunitaria y el consenso juegan un papel central en el derecho maya. Autoridades como los alcaldes comunitarios o alcaldes indígenas asumen la función de guías o k'amal b'e, orientando las asambleas pero ellos mismos no toman las decisiones finales. El poder se ejerce de forma colectiva a través de la asamblea, no por representantes o líderes individuales. Las decisiones tienen que ser consensuadas y validadas por todas las personas reunidas. Todos son testigos de las decisiones finales, lo cual asegura transparencia y rendición de cuentas y asegura la legitimidad de las decisiones.”*¹⁵⁵

Luego de deliberar y tomar las decisiones, se llega a las etapas de dar consejo (Pixab') y aplicar una sanción. Tal y como lo expone Sieder y Flores Arenales el Pixab' *“es un concepto multifacético que se refiere a un código de comportamiento que incluye ciertas normas, enseñanzas, consejos y valores morales, espirituales y éticos. El respeto hacia los mayores, los padres, la comunidad y la naturaleza (o hacia la esencia de todas las cosas) se transmite a través del p'ixab'”. Esta práctica intenta prevenir, orientar, corregir y asegurar la unidad, el balance y la armonía en las relaciones humanas y entre las personas y su entorno natural...El P'ixab' se transmite de forma oral de generación en generación, tanto dentro de la familia como por las autoridades comunitarias y*

¹⁵⁴ Larios Ren, Juan Carlos Enrique, *Op.cit.*, pág. 22

¹⁵⁵ Sieder, Rachel y Flores Arenales, Carlos. *Op.cit.*, pág. 44

los ancianos o principales. Si el P'ixab' funciona, entonces se reflexiona sobre el comportamiento y se corrige."¹⁵⁶

Larios Ren define el paso de P'ixab' como "aconsejar, llamar la atención, llamar a la reflexión. Este paso, constituye un principio general del derecho maya, ya que interviene en todo el proceso de aplicación de este derecho y atraviesa el orden social, cultural, económico, educativo y otros aspectos de la vida del pueblo maya. Este es el espacio para recordar con mucho tacto y sabiduría las sabias enseñanzas o consejos de los abuelos y los padres. Se reflexiona sobre los actos, se observan los elementos negativos al haber incurrido en esos hechos y se recomienda salir del problema. Además muestran el camino que se debe de tomar en sus vidas. El pixab' o consejo, solo puede hacerlo el anciano de la comunidad ya que es fruto de la experiencia que da la vida. Al haber mala fe en el actuar, el anciano llama la atención o corrige por haber obrado mal.

La aplicación del pixab' está íntimamente ligada con la edad; ya que sólo lo puede aplicar la persona más adulta o más anciana que otra. En la cosmovisión maya, un niño no puede enseñar nada a un adulto. También aquí se conjuga la cualidad que exige el pueblo maya de que para ser autoridad se tiene que tener la edad de cincuenta y dos años en adelante, porque el pixab' se da en base a la experiencia."¹⁵⁷

Dentro de las sanciones que aplican las comunidades k'iche' existe una forma de castigo corporal conocido como Xik'a'y, que para muchos constituye una violación a los derechos humanos. Sieder y Flores Arenales exponen que "Xik'a'y es un elemento muy controversial del derecho indígena en Santa Cruz del Quiché y algo que ha dividido la opinión del movimiento maya en el municipio. Éste consiste básicamente en azotes rituales con ramas del árbol de membrillo y consuetudinariamente son administrados por los k'amal'b'e de

¹⁵⁶ *Ibid.*, pág. 49

¹⁵⁷ Larios Ren, Juan Carlos Enrique, *Op.cit.*, pág. 24

mayor edad, los alcaldes comunitarios o los padres de los acusados. Sus detractores, incluyendo algunas personas dentro de las defensorías indígenas, los condenan como un abuso de derechos humanos. Estos alegan que es una práctica que fácilmente puede descontrolarse, dado el legado del conflicto armado, cuando el castigo físico muy violento fue algo muy común... Los defensores de esta práctica lo describen como una manera de corregir las energías de los que han incurrido en errores y lo defienden como parte del derecho maya... Tal práctica intenta no sólo corregir sino también es un elemento de vergüenza pública. Asimismo, puede ser entendido como una manera de contener o limitar las demandas populares de venganza y otras formas más violentas o duras de castigo.”¹⁵⁸

A esto se suma, según Sieder y Flores Arenales que “en abril de 2008 un miembro de una de las defensorías nacionales indicó que los alcaldes indígenas en Santa Cruz que defendieron los Xik’a’y estaban equivocados pues eran un legado colonial y no un elemento ‘genuino’ del derecho maya. El defensor afirmó que las resoluciones deben ser trabajos comunitarios y que si esto no funcionaba entonces la persona acusada debe de ser entregada a las autoridades judiciales del Estado... Sin embargo, otros activistas del movimiento maya, incluyendo miembros de las mismas defensorías, defienden los Xik’a’y y critican a los agentes externos por tratar de ‘regular la costumbre’ y, desde su punto de vista, aplican una forma de censura a las expresiones propias de justicia de los pueblos mayas.”¹⁵⁹

Larios Ren amplía lo relacionado al Xik’a’y en Santa Cruz del Quiché explicando: “en la actualidad en el municipio de Santa Cruz del Quiché, a los responsables de haber cometido un delito, después de haber reparado el daño ocasionado por su actitud negativa, se les aplica una sanción, con la cual, como lo manifiestan las autoridades mayas de esta localidad se busca purificar su espíritu, indicando

¹⁵⁸ Sieder, Rachel y Flores Arenales, Carlos. *Op.cit.*, pág. 61

¹⁵⁹ *Ibid.*, pág. 57

además, que ellos no aplican las sanciones de los azotes, la de hincarse sobre maíz, la del corte de cabello a las mujeres, sino al contrario ellos aplican una sanción simbólica a la cual le llaman la sanción del Xik'á'y.

Esta sanción se aplica a las personas que han cometido delitos constantes que afectan la seguridad y tranquilidad de las familias de las poblaciones. Se les llama la atención, y se les aplica la sanción que consiste: en pegarles a las personas con delgadas ramas verdes que en algunos lugares es de durazno y en otros como Santa Cruz del Quiché de membrillo, con una hoja que en k'iche' se le denomina may, este castigo se hace en público y es aplicado por las autoridades o ancianos y ancianas de vida ejemplar o bien por los padres del involucrado. Al mismo tiempo que se le aplica la sanción se exhorta a la persona a que no vuelva a cometer el delito ya que es vergonzoso para su familia y su comunidad.

Las autoridades mayas de Santa Cruz del Quiché, indican, que ellos utilizan ramas de membrillo, no porque se crea que estas ramas duelen más, sino al contrario, tiene un significado que les han dejado heredado sus antepasados, ya que el membrillo tiene ciertas características, siendo estas las siguientes: - El árbol de membrillo tiene las ramas rectas; con esto, al aplicarle los xik'á'y a la persona, se pretende que su vida sea recta ante la comunidad. - El membrillo al estar maduro es de color amarillo y este color significa luz y prosperidad, con lo cual, se pretende que la vida de la persona ilumine a las demás personas y que su vida sea prospera ante la comunidad. - El membrillo tiene un aroma agradable; con lo cual, se pretende que la persona le sea agradable a la comunidad.”¹⁶⁰

Según lo expuesto por los autores, las secuelas del conflicto armado en Quiché han afectado a su población en muchos aspectos, y en el ámbito jurídico, han hecho que se pierda la confianza en el sistema judicial estatal debido a la poca

¹⁶⁰ Larios Ren, Juan Carlos Enrique, *Op.cit.*, pág. 41

efectividad que tiene en cuanto a condenas y prevención del delito, así como las diferencias que existen en los principios del derecho estatal y el derecho indígena, por lo que los habitantes consideran que el derecho estatal no es el adecuado para ser aplicado en sus comunidades.

En el caso específico de Santa Cruz del Quiché, al momento de cometerse un hecho ilícito, la población sigue ciertos pasos que buscan la conciliación entre la parte afectada y la parte que cometió el delito, buscando la participación de la comunidad tanto en la investigación como en la toma de decisiones final al momento de imponer una sanción, ya que dentro de la filosofía maya, cuando una persona comete un delito, la armonía y la energía de la comunidad salen de balance y es necesario que la persona responsable enmiende sus errores para que las mismas sean restablecidas. El diálogo y la investigación son pilares fundamentales en el sistema k'iche' para encontrar la verdad en cualquier caso presentado y el consejo, o Pixab', dado por los principales de la comunidad son utilizados como prevención del delito.

Existen prácticas que son consideradas controversiales por diferentes sectores de la población. Dentro de las sanciones del sistema k'iche' existen la vergüenza pública, la multa, el trabajo comunitario y los castigos corporales conocidos como Xik'a'y. Estos últimos presentan una interrogante ante si debiese permitirse la aplicación de los mismos en un marco de Derechos Humanos como en el que Guatemala se encuentra, tanto por su legislación nacional como por los tratados internacionales en esta materia que han sido ratificados, o si debiese respetarse su aplicación por ser una parte del derecho penal indígena que, en cierta medida, es aceptado y regulado por el Estado de Guatemala.

Dentro de la misma comunidad K'iche' hay opiniones contrarias respecto a la aplicación de los Xik'a'y. Hay quienes aducen que esta práctica no es propia del derecho indígena, sino una que deviene del tiempo de la colonia y que va en

contra de los principios y elementos del derecho indígena, que es conciliador y busca la armonía y el respeto dentro de la comunidad.

Estos sectores aducen que los castigos corporales son una violación a los derechos humanos ya que son considerados como una forma de tortura. Sin embargo, hay personas dentro de las mismas comunidades que difieren de lo expuesto por los detractores, indicando que esta sanción no es un castigo, sino una purificación de la persona que ha sido contaminada por energías negativas y que su aplicación es necesaria para restaurar el balance de la energía colectiva de la comunidad y al mismo tiempo instar a la persona que lo recibe a no cometer el mismo hecho, por lo que cumple también una función preventiva.

CAPÍTULO 3

DERECHO PENAL COLONIAL

Luis Hernando Aristizábal Arbeláez indica que: *“el Derecho Indiano es, básicamente, el mismo Derecho de Castilla, adaptado para las Américas, el cual es a su vez Derecho Romano adaptado a las necesidades de España. Se ubica históricamente entre dos momentos muy claros, el del Descubrimiento (hacia 1500) y el de la Independencia de las Naciones Americanas (hacia 1800). Como tal ocupa por completo los siglos XVI a XVIII, durante los cuales llegará a ser el derecho más importante del mundo...En las Indias Occidentales, o sea en la actual América, se aplicó el derecho común, válido tanto en España como en el resto de Europa, derivado del Derecho Romano, de sus glosadores, y también, en buena medida, del derecho germánico, a través de la Casa de Austria, que gobernó a España durante los siglos XVI y XVII.”*¹⁶¹

3.1 El Descubrimiento de América y El Problema Jurídico Presentado

Según lo expuesto por Silvio A. Zavala al momento de la conquista de América, devinieron problemas en cuanto a la legitimación de la posesión de la tierra: *“en las opiniones de los autores del siglo XVI acerca de la justicia de la penetración española en América se observan dos grandes ciclos...En el primero se comenzaron a pensar títulos que los europeos podían considerar justos, pero que se fundaban: o en la ampliación de jurisdicciones y valores propios de Occidente (autoridad temporal del Papa, jurisdicción universal del Emperador), o en deprimir la categoría jurídica del indio por ser bárbaro, pecador, infiel, vicioso; hallado de alguno de estos títulos se concluía el deber de los indios de someterse pacíficamente, y que, si resistían, podían los europeos declararles guerra justa. Fueron muchos los autores de esta primera posición, y se basaban principalmente en la antigua opinión del Ostiense...según la cual los pueblos gentiles tuvieron jurisdicciones y derechos antes de la venida de Cristo al*

¹⁶¹ Aristizábal Arbeláez, Luis Hernando. *Anotaciones sobre Derecho Indiano*. Colombia, Pontificia Universidad Javeriana, pág. 11 y 12

*mundo; pero desde ésta, todas las potestades espirituales y temporales quedaron vinculadas en su persona, y luego, por delegación, en el Papado... Los defectos morales y jurídicos de esta primera forma de resolver el caso de América pueden resumirse en una excesiva afirmación de los valores del invasor y poco o ningún respeto a los derechos de los invadidos. Todos los infieles, sin distinción alguna, quedaban catalogados como posibles súbditos del mundo cristiano, comprendidos bajo la jurisdicción del Papado, que podía en un momento cualquiera anular la organización y el régimen jurídico de los gentiles.*¹⁶²

Continúa manifestando que *“En el segundo ciclo... los autores revisaron y resolvieron de modo contrario las afirmaciones anteriores; no creyeron lícito extender las jurisdicciones europeas más allá de sus límites occidentales, y afirmaron la calidad humana (razón) de los indios, y sus derechos, a pesar de su condición de gentiles. Estos autores negaron el poder temporal del Papado sobre los infieles, tampoco aceptaron la supuesta jurisdicción universal del Emperador... Sostuvieron además, que el Derecho natural amparaba las personas y bienes de los gentiles y que, sola la infidelidad, no era causa suficiente para el despojo. Como fruto de esta posición crítica, se consideraron ilegítimos casi todos los títulos antes invocados por los autores de la primera posición, y quedó planteado el tema americano en una forma nueva más depurada, moral y jurídicamente.*¹⁶³

Zavala indica que las soluciones que se propusieron para el problema sobre el problema de la legitimación *“fueron en resumen las siguientes: Vocación divina: Dios, que es quien dispone de los imperios, quiso que los indios fuesen sujetos a los españoles y privados de sus reinos por sus muchos pecados. Hallazgo: las tierras nuevas y deshabitadas son de quien las descubre, según el Derecho. Si las tierras están habitadas, cabe sujetar a los habitantes por guerra justa,*

¹⁶² Zavala, Silvio A. *Las instituciones jurídicas en la conquista de América*. México, Editorial Porrúa, 1971, segunda edición, pág. 15

¹⁶³ *Ibid.*, pág. 16

cuando media causa suficiente. Barbarie: los indios por su carencia de razón deben sujetarse por ley natural a los españoles, quienes los elevarán a la vida racional. Los indios tienen costumbres depravadas y faltan a la ley de naturaleza, para remediar lo cual pueden intervenir los españoles...La corona española no fue insensible al problema de los títulos y procuró resolverlo conforme a la opinión de sus juristas. La solución por medio de la fe, y la finalidad cristiana de la ocupación, fueron ampliamente reconocidas en diversas leyes de la Recopilación de Indias.”¹⁶⁴

3.1.1. Las Bulas de Alejandro VI

“La llegada de Cristóbal Colón a América causó más que una molestia en Portugal, pues según su rey Juan II se había pasado a llevar el tratado de Alcacovas-Toledo. Los españoles, por su parte, argumentaban no haber violado dicho tratado, pues Colón no había invadido el espacio marítimo situado al sur de las Canarias al navegar hacia el oeste. Se sucedieron entonces las reuniones diplomáticas, pero sin resultados. En 1493, los Reyes Católicos acudieron al papa Alejandro VI, para que mediara y pusiera fin a la controversia que se había generado. A partir de mayo del mismo año, el papa dictó cinco bulas conocidas como las Bulas de Donación a los Reyes de Castilla. Tal como señalan Charles Verlinden y Florentino Pérez-Embido, “en ellas Alejandro VI hizo a Fernando e Isabel, reyes de Castilla, la donación de las tierras que acababan de ser descubiertas, la concesión allí de privilegios como los ostentados por los reyes portugueses en su zona africana, y sobre todo mandaba que la partición de zonas se hiciera por medio de una raya vertical a cien leguas de las Azores y Cabo Verde”. Al mismo tiempo, estas bulas de Alejandro VI constituyeron el último gran acto de soberanía universal del pontificado romano.”¹⁶⁵

¹⁶⁴ *Ibid.*, pág. 27 y 28

¹⁶⁵ La Expansión Europea Siglos XIV y XV, *Las bulas de donación del Papa Alejandro VI*, Chile, http://www7.uc.cl/sw_educ/historia/expansion/HTML/p2503.html, 11/05/2015

La promulgación de las Bulas creó una duda razonable sobre si efectivamente las mismas habían emanado de la voluntad de Alejandro VI y fueron atacadas en su veracidad, y para comprender de dónde vienen, Alfonso García Gallo expone en cuanto a su creación que: *“Primeramente, ha de destacarse un hecho, fácilmente comprensible, y es el de que aunque los documentos emanados de la curia romana aparecen otorgados por el Papa, éste, evidentemente, no podía intervenir personalmente no ya en el examen y estudio de todos los asuntos, sino a veces ni siquiera en su resolución...En un principio, los notarios de la Cancillería pontificia examinaban los asuntos y ya estudiados los sometían a la resolución del Papa. Luego, de esto se ocuparon los referendarii, cuyo nombre alude precisamente a esta referencia que de los negocios le daban. Pero desde mediados del siglo XV su función ya no se limitaba a esto, sino que ellos mismos, sin acudir en cada caso al Pontífice, resolvían las súplicas y firmaban en ellas con la fórmula {concessum in praesentia D. N. Papae ut petitur}...El órgano único que en tiempos anteriores había estado encargado de la expedición de los despachos de la curia, la Cancillería apostólica, coexistía ahora junto a otros órganos más modernos que intervenían en ello y que habían sido creados para dar mayor agilidad y rapidez al despacho de los asuntos. La Cancillería...conservaba en este tiempo solo la tramitación y expedición de los documentos solemnes o bullae.”*¹⁶⁶

Tal y como lo explica Zavala citando a López de Velasco *“el papa Alejandro VI concedió a los Reyes Católicos y a los de Castilla sus sucesores, la navegación de las Indias Occidentales con las gracias y prerrogativas concedidas a los reyes de Portugal, cerca de las Indias, de Guinea y África. El mismo Sumo Pontífice, año de 93, a dos de mayo, hizo donación a los reyes de Castilla y León y sus sucesores, de todas las Indias, Islas y Tierra firme del Mar Océano por descubrir al occidente, a mediodía y septentrion desde un meridiano que desde un polo al*

¹⁶⁶ García Gallo, Alfonso *Las Bulas de Alejandro VI y el Ordenamiento Jurídico de la Expansión Portuguesa y Castellana en África e Indias*. Madrid, Instituto de Historia del Derechos Español, 1958, pág. 57

*otro pasase por cien leguas al occidente de las islas de Cabo Verde y las Azores.*¹⁶⁷

En esto consistieron las primeras TRES bulas, que son:

*“1) Bula Inter coetera (3 de mayo de 1493): donó a los Reyes Católicos las tierras situadas al occidente que no pertenecieran a otros príncipes cristianos.
2) Bula Eximiae devotionis (3 de mayo de 1493): ratificó y clarificó las concesiones hechas a los Reyes de Castilla por la bula anterior.
3) Segunda Bula Inter coetera (4 de mayo de 1493): fijó una línea demarcatoria entre los territorios pertenecientes a España y Portugal, situada a cien leguas al oeste de las islas Azores y Cabo Verde. Dado que la latitud de ambos archipiélagos es diferente, la línea no era derecha y no se podía utilizar un meridiano para precisar la demarcación. Ello daría origen al Tratado de Tordesillas de 1494.”*¹⁶⁸

García Gallo explica sobre la Bula Inter Coetera *“En primer lugar, la conocida con el nombre de Inter Coetera, que hacía donación a los Reyes Católicos de las islas y tierras que se descubrieran navegando hacia Occidente que no perteneciesen a otros Príncipes cristianos, con los mismos derechos que en las suyas tenían los de Portugal...La bula está fechada el 3 de mayo (= 5 de las nonas) de 1493, pero al margen lleva la indicación aprili...En el reverso del original de la bula, en letra del siglo XVII, que Giménez Fernández sospecha sea de Solórzano, se dice {ésta se enmendó y está la enmendada original en el archivo del Consejo de Indias}. De ésta indicación y de que la bula no fue conocida por nadie ni publicada hasta 1892, deduce que se trató de ocultar su existencia...El 17 de mayo de 1493, el Papa Alejandro VI escribió a Francisco de Sprats, nuncio en España, anunciándole que con la carta enviaba un breve a los Reyes Católicos sobre un tratado celebrado por el Papa y {además otro breve sobre la concesión del dominio de los bienes de las islas recientemente*

¹⁶⁷ Zavala, Silvio A. *Op.cit.*, pág. 30

¹⁶⁸ La Expansión Europea Siglos XIV y XV, *Las bulas de donación del Papa Alejandro VI*, Chile, http://www7.uc.cl/sw_educ/historia/expansion/HTML/p2503.html, 11/05/2015

descubiertas por los hombres del Rey, que por Nos se ha hecho a los citados Reyes} ”¹⁶⁹

Continúa explicando García Gallo, como ya se estableció anteriormente, sobre la Segunda Bulla Inter Coetera que: *“Otra bula conocida con el nombre de Inter Coetera, pero ésta fechada el 4 de mayo, reproduce a la letra, con algunas variantes, la anterior del 3, pero luego se separa de ella y establece una línea de demarcación a cien leguas al oeste de las Azores y Cabo Verde, concediendo la parte occidental de la misma a los Reyes de Castilla. El texto original se conserva en el Archivo de Indias de Sevilla...No se sabe cuándo esta bula fue remitida a Barcelona.”*¹⁷⁰

Y en cuanto a la denominada Eximiae devotionis, a la que él denomina *Eximie devotionis*, explica: *“Llegó a la vez una tercera bula, la Eximie devotionis, fechada el 3 de mayo y expedida en julio...El 4 de agosto los Reyes Católicos escribieron a Colón hablándole de varias cosas relacionadas con la preparación del segundo viaje a las Indias, y hacia la mitad de la carta, entre otros asuntos varios, le dijeron: ‘Ya sabéis cómo habíamos enviado a Roma por una bula sobre esto de las islas e tierra que habéis descubierto y está por descubrir; agora nos es venida y vos enviamos un traslado della autorizado para que se publique allá, para que todos sepan que ninguno puede ir a aquellas partes sin nuestra licencia, y llevadla con vos, por que si a alguna tierra aportáredes la podáis mostrar luego’. Y en la misma fecha escribieron a don Juan de Fonseca, que en Andalucía corría con los preparativos del viaje; ‘Al Almirante enviamos un traslado de la bula que nos vino de Roma agora para esto de las islas y tierras descubiertas y por descubrir, para que se publique allá, por que todos sepan que ninguno puede ir sin nuestra licencia. Vos entended en esto’....Una tercera bula conocida con el nombre Eximie devotionis, coincide en su primera parta casi a la letra con las dos Inter Coetera que acaban de examinarse, y en el resto se*

¹⁶⁹ García Gallo, Alfonso. *Op.cit.*, pág. 61

¹⁷⁰ *Ibid.*, pág. 63

separa de ellas para insistir en la concesión a los Reyes de Castilla, en las tierras por ellos descubiertas y de las que el Papa les ha hecho donación en el día de hoy, de los mismo privilegios que los Reyes de Portugal tienen en las suyas...La bula está fechada como se ha indicado el 3 de mayo, pero en el Registro Vaticano se indica, al margen, iulii...No se sabe cuándo llegó esta bula a poder de los Reyes Católicos, pues no se hace referencia a ella en los documentos de la época.”¹⁷¹

En cuanto al denominado Tratado de Tordesillas del 7 de junio de 1494 expone Zavala que *“fue sobre los descubrimientos futuros: los reyes de Castilla daba por suyo lo descubierto por Colón, y no pusieron a discusión este derecho; lo entendían por reconocido, y precisamente por eso se admitió que todo lo que hallaran del lado occidental de la raya divisoria quedaría en su Corona. Tanto los castellanos como los portugueses tenían bulas del Papado, y sin embargo en el convenio no se mencionaron, ni los derechos se fundaron en ellas. Las bulas no se consideraban causa jurídica de los derechos; éstos provenían de los descubrimientos mismos, y los documentos papales sólo eran la prueba formal que recogía el hecho y le prestaba solemnidad; las Coronas podían pactar directamente, como un propietario puede disponer de sus derechos patrimoniales sin confundir éstos con sus pruebas. De esta suerte, las bulas eran instrumentos públicos tradicionalmente aceptados con valor autenticador, correspondiendo al Papado la función de registrar los derechos de los reyes.”¹⁷²*

Las últimas dos bulas concedidas por Alejandro VI en cuanto al tema de la conquista de América fueron:

“4) Bula Piis fidelium (25 de junio de 1493): concedió a fray Bernardo Boil amplias facultades espirituales, a quien los reyes luego enviaron a encabezar la evangelización en el Nuevo Mundo.”¹⁷³ La bula Piis fidelium fue solicitada por

¹⁷¹ *Ibid.*, pág. 67

¹⁷² Zavala, Silvio A. *Op.cit.*, pág. 34

¹⁷³ La Expansión Europea Siglos XIV y XV, *Las bulas de donación del Papa Alejandro VI*, Chile, http://www7.uc.cl/sw_educ/historia/expansion/HTML/p2503.html, 11/05/2015

los Reyes Católicos el siete de junio de 1493 tal y como lo explica García Gallo: *“...escribieron los Reyes desde Barcelona a sus procuradores en Roma – Bernardino López de Carvajal, Obispo de Cartagena, y Juan Ruiz de Medina, Obispo de Badajoz- encargándoles solicitasen del Papa la concesión de una bula, y el texto latino de las preces que para ello debían presentarse. El 19 del mismo mes, al prestar obediencia al Papa, López de Carvajal destacó en su discurso la preocupación de los Reyes Católicos por evangelizar las Canarias y las nuevas islas descubiertas hacia los indios para las que estaban a punto de partir los enviados de los Reyes...Únicamente en cuanto en la Bula Piis fidelium se alude al propósito de misionar a los indios, puede ponerse en relación con las tres antes examinadas en que se trata de los mismo.”*¹⁷⁴

La quinta bula se conoce con el nombre de Dudum siquidem, cuyo contenido sirvió para afianzar el dominio de los Reyes sobre los territorios conquistados: *“5) Bula Dudum siquidem (26 de septiembre de 1493): precisó el dominio castellano sobre las tierras que se descubriesen más allá de las encontradas por Colón.”*¹⁷⁵. García Gallo expone: *“Una quinta bula, esta distanciada de las dos Inter coetera de 3 y 4 de mayo y de la Eximie devotionis de 3 de mayo, no sólo en el tiempo sino también en su contenido, que nada tiene de común con el de aquéllas, fue concedida por el propio Alejandro VI a los Reyes Católicos sobre las tierras que se descubriesen navegando hacia las Indias.”*¹⁷⁶

En cuanto al problema que presentó la conquista en sí, hubo dos corrientes de pensamiento, la primera que pretendía alargar la jurisdicción de España y de los otros territorios de Europa a los territorios descubiertos y tomar ventaja de esto para reclamar como propios dichos territorios, tomando como base que por la venida de Cristo, todos los pueblos que pudiesen haber tenido algún sistema de

¹⁷⁴ García Gallo, Alfonso. *Op.cit.*, pág. 70

¹⁷⁵ La Expansión Europea Siglos XIV y XV, *Las bulas de donación del Papa Alejandro VI*, Chile, http://www7.uc.cl/sw_educ/historia/expansion/HTML/p2503.html, 11/05/2015

¹⁷⁶ García Gallo, Alfonso. *Op.cit.*, pág. 71

derechos lo perdieron ya que todo le fue encomendado al Papado para que dispusiere de ellos como fuese conveniente, y la segunda, que negaba por completo la intervención del Papado y de los Emperadores aduciendo que, aún cuando fueran pueblos gentiles (no civilizados), el Derecho natural les concedía la propiedad de sus territorios y debía ser respetado. Los españoles optaron por utilizar la bandera de la catequización y conversión de infieles para apoderarse de los territorios descubiertos, pudiendo declarar la guerra contra los habitantes si estos les proveían de razones suficientes.

Para entender cómo se aplicó el derecho indiano o de Castilla en el territorio americano, es indispensable comprender como se solventaron los primeros problemas jurídicos en relación a dicho territorio. Al momento de darse el descubrimiento de América, tanto a Portugal como España, les fueron concedidas por el Papa Alejandro VI permisos especiales, o bulas, en donde se establecía que territorios podían ser explorados y conquistados por cada una de las naciones y esas bulas constituían el justo título para poseer los territorios descubiertos, siempre que se mantuvieran dentro de la línea divisoria demarcada en los documentos. Estas bulas fueron interpretadas a favor de lo que le convenía a la corona española, quienes validaron su legalidad para poder aplicar lo contenido en ellas y justificar sus títulos sobre las Américas.

3.2 Intentos de Unidad Legislativa de España ante los territorios conquistados

Tal y como lo expone Abelardo Levaggi *“las normas jurídicas que tuvieron vigencia en las Indias durante los tres siglos de dominación española, reconocen, como es sabido, diversos orígenes, no obstante lo cual llegaron a conformar un sistema jurídico armónico, bien llamado "corpas iurts indiarum", estructurado en derredor de ciertos principios fundamentales que pudieron asegurar la adecuación y cohesión de elementos heterogéneos en apariencia. Los principios fundamentales aludidos fueron la ley divina, el derecho natural, la recta razón, la equidad; en tanto que las normas que a su alrededor se*

congregaron para regular la vida jurídica indiana estuvieron constituidas por: el derecho de Castilla; la legislación propia de las Indias, tanto de origen peninsular como local; la costumbre indiana; los usos y costumbres de los indios, anteriores y posteriores al descubrimiento de los castellanos y, no menos importante, la jurisprudencia de los juristas y de los tribunales, inspirada preponderantemente en "los derechos" por antonomasia, el romano y el canónico, pináculo ambos de todos los sistemas jurídicos occidentales de la época."¹⁷⁷

Continua exponiendo Levaggi: *"Las principales fuentes legales del derecho penal indiano fueron el Fuero Real y las Partidas, ambas atribuidas a Alfonso el Sabio; la Nueva Recopilación de las Leyes de Castilla, del año 1567; la Recopilación de Leyes de los Reinos de Indias, de 1680; la legislación territorial posterior a estos ordenamientos, tanto indiana como castellana (esta última, desde 1614, en cuanto admitida por el Consejo de Indias) y, con especial mención, las disposiciones de carácter local, autos acordados de las audiencias y bandos de buen gobierno promulgados por gobernadores y virreyes, de enorme interés, no sólo por la rica normatividad penal que contienen, sino además porque son un fiel testimonio de las tendencias delictivas existentes en cada región.*"¹⁷⁸

Por su parte Héctor Aníbal de León Velasco y otros exponen que: *"Al principio las leyes dispuestas por la Corona Española fueron recopiladas en cedularios específicos para cada región de las Indias en general. En la realización de este proyecto, se tiene conocimiento de dos intentos: El primero fue encargado a Juan de Ovando, entonces presidente del consejo de Indias, quien lo presento en 1571 al rey Felipe II. Sin embargo, el trabajo fue promulgado de manera parcial ya que por disposición del rey, únicamente parte del libro II tuvo fuerza de ley. En el segundo intento la recopilación es lograda a través de una serie de trabajos iniciados en 1596 y que concluyen casi un siglo después en 1680. La*

¹⁷⁷ Levaggi, Abelardo. *Historia del derecho penal argentino*. Buenos Aires, Editorial Perrot, 1978, pág. 18

¹⁷⁸ *Loc. cit.*

razón por la que esta segunda recopilación, tardo tanto tiempo si debe, según la opinión de estudiosos de la materia, a que el consejo de las Indias centro su atención en la calidad del trabajo, tanto de forma como de fondo, más que en el tiempo para su conclusión. Gracias a esta filosofía se logro todo un “monumento jurídico”. La recopilación de las leyes de los Reinos de indias. En esta segunda recopilación intervino inicialmente Diego de encinas, quien fue quien dio inicio a esta serie de trabajos en 1596, su labor fue continuada por Diego Zorrilla. En 1635 el trabajo es revisado y completado, a sugerencia del consejo de Indias, por el Licenciado Antonio de León Pinelo, la censura y remisión de dicho trabajo se encomendó al doctor Juan de Solórzano Pereya se promulga finalmente en 1680 por disposición de Carlos II.”¹⁷⁹

3.2.1. Las Siete Partidas

Aristizábal Arbeláez indica que “en el año de 1552 una cédula real estableció que las leyes aplicables en las Indias para los casos civiles y penales serían las mismas del reino de Castilla y las de las ‘Siete Partidas’ de Don Alfonso el Sabio, a menudo citadas en los fallos judiciales, cuando las leyes de Indias no tuvieran reglas exactamente aplicables...En el año de 1256 el rey de Castilla don Alfonso X, el Sabio, convocó las Cortes en el Alcázar de Segovia con el objeto de redactar el código que pasará a la historia con el nombre de Siete Partidas.”¹⁸⁰

Héctor Aníbal de León Velasco y otros, exponen que “Las siete paridas originalmente fueron llamadas Fuero de las Leyes, pero a partir del siglo XIV se les dio el nombre definitivo, aunque no se sabe con exactitud cuándo fue terminada esta obra, ni bien se estima que fue entre los años 1263 y 1265 se sabe que fue iniciada en el año 1256, por encargo del entonces rey de Castilla Alfonso X “el Sabio” y entro en vigor hacia 1348. Durante el reinado de Alfonso XI, debido a las diversas dificultades de la época. La obra se inspiró en las leyes

¹⁷⁹ De León Velasco, Héctor Aníbal y otros. *Manual de derecho penal guatemalteco, parte general*. Guatemala, Cooperación Española, pág. 72

¹⁸⁰ Aristizábal Arbeláez, Luis Hernando. *Op.cit.*, pág. 13 y 14

*del Derecho Castellano antiguo, Consta de dos mil cuatrocientos setenta y nueve leyes agrupadas en ciento ochenta y dos títulos, contenidos en siete partidas distintas.*¹⁸¹

Por su parte, Jesús D. Rodríguez-Velasco indica que *“A partir de la promulgación de mediados del siglo xiv y hasta nuestros días las Partidas vienen a ser un modelo constitucional: la fuente teórica de las formas del poder. Con esta teoría se fundamenta la construcción de la monarquía, del concepto mismo de imperium y su criterio de una jurisdicción central. Son pieza indispensable para la articulación de lo que Reinhart Koselleck denomina un “futuro pasado”: con ellas se postula lo que se dice haber sido siempre.*”¹⁸²

El contenido de las Partidas se divide así:

“La Partida I: Contaba con 24 títulos y entre otras cosas trataba el tema de la creación de las leyes y la religión católica. Esta Partida establecía que las leyes eran dictadas por el monarca y que todo el mundo debía cumplirlas sin excepción. La ignorancia de las mismas sólo sería legítima por parte de las mujeres, rústicos y militares. Los demás, naturales y extranjeros, no podrían evadirlas por ningún motivo...

La Partida II: Contaba con 31 títulos y se refería a emperadores, reyes y grandes terratenientes. Su contenido solo atañía a las grandes fortunas, a los deberes de los oficiales de la corte, el régimen de tenencia de los castillos o temas como la guerra y las universidades.

La Partida III: era una de las más amplias. En sus 32 títulos trataba temas del actual derecho procesal. Hablaba por tanto de los agentes judiciales, de las pruebas, las sentencias, las apelaciones y ejecuciones de dichas sentencias.

¹⁸¹ De León Velasco, Héctor Aníbal otros. *Op.cit.*, pág. 73

¹⁸² Rodríguez-Velasco, Jesús D., *La Urgente Presencia de las Siete Partidas*, Columbia University, http://www.academia.edu/1131042/La_urgente_presencia_de_Las_siete_partidas, 10/05/2016

La Partida IV: y sus 27 títulos hablaban de temas familiares...

La Partida V: los 15 títulos de la misma versarían sobre los préstamos, compras y contratos comerciales. Así se intentaría poner solución a los conflictos derivados de estas transacciones. Teniendo además un título dedicado a las deudas.

La Partida VI: regulaba los testamentos, herencias, desheredamiento y tutela de bienes de menores.

La Partida VII: haría alusión a todo lo referente al Derecho Penal. Los delitos más importantes eran los sexuales, como el adulterio..., el incesto, el raptó o la sodomía. Además también eran bastante importantes los delitos de sacrilegio, hechicería y adivinación así como la blasfemia. En este mismo título se establecían diferentes castigos, prisiones y tormentos del preso.”¹⁸³

El índice de las partidas, en las que interesan a la presente investigación por su relación al derecho procesal y al derecho penal, las distingue como:

“Tercera Partida: La justicia que hace que los hombres vivan unos con otros en paz, y de las personas que son menester para ella...

Séptima Partida: Y en la setena partida de todas las acusaciones y los males y las enemigas que los hombres hacen de muchas maneras y de las penas y de los escarmientos que merecen por razón de ellos.”¹⁸⁴

La Tercera Partida, como ya se expuso anteriormente, se refería a temas de justicia y asuntos judiciales y procesales, dentro del contenido de la misma encontramos en el Título 1 lo referente a la justicia, indicando: *“Justicia es una de las cosas por las que mejor y más enderezadamente se mantiene el mundo; y es así como fuente de donde manan todos los derechos; y no tan solamente se*

¹⁸³ Historia General, *Las siete partidas, leyes de la Antigua Castilla*, <http://historiageneral.com/2013/01/17/las-siete-partidas-leyes-de-la-antigua-castilla/>, 11/05/2015

¹⁸⁴ *Las Siete Partidas de Alfonso X El Sabio*, <http://ficus.pntic.mec.es/jals0026/documentos/textos/7partidas.pdf>; 12/04/2016

encuentra la justicia en los pleitos que hay entre los demandadores y los demandados en juicio, más aun entre todas las otras cosas que ocurren entre los hombres, bien que se hagan por obra o se digan por palabra.

Ley 1: Arraigada virtud es la justicia según dijeron los sabios, que dura siempre en las voluntades de los hombres justos, y da y comparte a cada uno igualmente su derecho. Y comoquiera que los hombres mueren, sin embargo ella, cuanto en sí, nunca desfallece, antes queda siempre en los corazones de los vivos inclinados al derecho y buenos; y aunque diga la Escritura que el hombre justo cae en yerro siete veces en un día, porque él no puede obrar siempre en lo que debía por la flaqueza de la naturaleza que hay en él, con todo eso su voluntad debe estar aparejada siempre para hacer el bien y cumplir los mandamientos de la justicia...

Ley 3: Según departieron los sabios antiguos, justicia tanto quiero como cosa en que se encierran todos los derechos de cualquier naturaleza que sean. Y los mandamientos de la justicia y del derecho son tres: el primero es que el hombre viva honestamente en cuanto en sí, el segundo, que no haga mal ni daño a otro; el tercero, que dé su derecho a cada uno. Y aquel que cumple estos tres mandamientos hace lo que debe a Dios y a sí mismo y a los hombres con quienes vive, y cumple y mantiene la justicia.”¹⁸⁵

Del Título 2 en adelante de esta partida regula lo referente a los sujetos procesales, los jueces, los abogados, los testigos, los mandatarios y la investigación que se debe llevar a cabo y todo lo referente al proceso, dando pie a lo desarrollado en la Séptima Partida relacionado al procedimiento criminal.

La Séptima Partida se compone de 33 Títulos, en los cuales se desarrollan tanto los delitos como las penas y la forma de juzgar a las personas que los cometen.

¹⁸⁵ Las Siete Partidas de Alfonso X El Sabio, <http://ficus.pntic.mec.es/jals0026/documentos/textos/7partidas.pdf>; 12/04/2016

Hace una diferenciación entre las personas que son consideradas capaces para acusar a otras y quienes no poseen este derecho. Contiene, además, en los Títulos 29 y 30 lo relacionado al derecho penitenciario en cuanto al tratamiento de los reos y prohibiciones para los captores.

La introducción a la Séptima Partida dice: *“Aquí se comienza la setena partida de este libro, que habla de todas las acusaciones y malfetrías que los hombres hacen, por las que merecen recibir pena. Olvido y atrevimiento son dos cosas que hacen a los hombres errar mucho, pues el olvido los conduce a que no se acuerden del mal que les puede venir por el yerro que hicieron y el atrevimiento les da osadía para cometer lo que no deben; y de esta manera usan el mal de manera que se les torna como en naturaleza, recibiendo en ello placer. Y porque tales hechos como estos se hacen con soberbia, deben ser escarmentados crudamente, porque los que los hacen reciban la pena que merecen, y los que lo oyeren se espante y tomen de ello escarmiento por el que se guarden de hacer cosa que reciban otro tal.”*¹⁸⁶ Justificando así la necesidad de regular la forma en cómo se deben aplicar y hacer cumplir las penas.

Ampliando lo relativo a la Séptima Partida refiriéndose al Derecho Penal, De León Velasco y otros exponen que: *“La partícula séptima abarcaba el Derecho Penal y el Procedimiento criminal. Mayorga Morales expone en su tesis que este tratado se adelantó a su época y citando a Ramón Revuelta, nos dice que “está inspirado principalmente en el Derecho Romano Justiniano, a acepción de algunas disposiciones relativas a, los judíos, moros y herejes, las cuales siguen el Decreto y las Decrétales, y los títulos referentes a “Rieptos, lides, desafriamientos, treguas y seguranzas”, que provienen de las costumbres y fueros españoles antiguos. Según Revuelta “esta partida mejora infinitamente la jurisprudencia criminal de los cuadernos municipales de castilla, por su bello método y estilo, por la copiosa colección y orden de sus leyes, por la regularidad*

¹⁸⁶ ¹⁸⁶ Las Siete Partidas de Alfonso X El Sabio, <http://ficus.pntic.mec.es/jals0026/documentos/textos/7partidas.pdf>; 12/04/2016

de los procedimientos judiciales, curso de la acusación y juicio criminal, naturaleza de las pruebas, clasificación de los delitos o la calidad de las penas.” Mayorga Morales considera esa la razón por la que el código Alfonsiano ha tenido vigencia por tanto tiempo y porque de su gran influencia en las actuales disposiciones de nuestro derecho.”¹⁸⁷

Por su parte Levaggi indica que la Séptima Partida da pie al proceso inquisitivo exponiendo que: “si no obstante imponer la pena, el poder público sólo hubiera podido actuar a instancia o por acusación privada, su autoridad habría sido menguada. De allí que en el prólogo de la Partida VII se lea que los jueces, de tres maneras pueden saber la verdad de los malos hechos que los hombres hacen: por acusación, pero también “por denunciación, o por oficio del juzgador haciendo por ende pesquisa”, con lo cual se dio el paso necesario para que el representante público pudiera acusar al autor del delito, con prescindencia de la parte ofendida.”¹⁸⁸ Dando con esto parte al derecho procesal penal.

3.3 El Poder Soberano del Rey

Fernando Mayorga indica que: “Era el rey el primer encargado de llevar a la práctica la noción de justicia; ‘su propio oficio, es hacer juicio, y justicia’, como puede verse tanto en las Ordenanzas Reales de Castilla como en la Nueva y la Novísima Recopilación de ese reino. Era esta la primera de las regalías de la corona, de la cual derivaban su jurisdicción los otros magistrados. Pero este poder no procedía simplemente de las leyes o del consentimiento de los súbitos, sino que era una especie de delegación divina otorgada precisamente para ejercer la justicia. Según las Partidas, ‘Vicarios de Dios son los Reyes, cada uno en su Reyno, puestos sobre las gentes, para mantenerlas en justicia, e en verdad quanto en lo temporal’. Era la más pura doctrina escolástica: ‘El Rey es puesto en la tierra en lugar de Dios, para cumplir la justicia, e dar a cada uno se

¹⁸⁷ De León Velasco, Héctor Aníbal y otros. *Op.cit.*, pág. 73 y 74

¹⁸⁸ Levaggi, Abelardo. *Op.cit.*, pág. 26

derecho'. Esta obligación de justicia se completaba con la sumisión a la ley. Es cierto que el soberano podía modificar el derecho como supremo legislador que era, pero mientras no recayera una expresa decisión al respecto, el monarca tenía el deber de cumplir las leyes, lo cual era precisamente lo que distinguía a la realeza de la tiranía...Y para mantener el imperio de justicia, el mismo rey ordenaba que no se cumplieran sus mandatos cuando hubieran sido expedidos violando la legislación impetrante: 'Porque nuestra voluntad es que la nuestra justicia florezca -decían tanto la Nueva como la Novísima Recopilación--, y aquella no sea contrariada, establecemos, que si en nuestras cartas mandáremos algunas cosas en perjuicio de partes, que sean contra ley, o fuero o derecho, que la tal carta sea obedecida y no cumplida'. La justicia del rey se ejercía, básicamente, mediante la función rectora que le competía, ya fuera legislando, ya dirigiendo o vigilando la actuación de los demás organismos del Estado, como también ejerciendo la justicia distributiva, 'llamada a repartir proporcionalmente el bien común de la sociedad entre sus miembros'.¹⁸⁹

De León Velasco y otros amplían el tema exponiendo que: "En la época de la colonia el poder soberano estaba centralizado en el rey, quien delegaba su facultad judicial a los jueces. Se llamaba "jurisdicción suprema "a aquella que residía en el monarca, la "jurisdicción absoluta". Era aquella concedida por el monarca a un súbdito "para el conocimiento y decisión de cualesquiera especies de causas civiles y criminales". Era facultad del rey el designar a los jueces pero este estaba sujeto a los dispuesto por las partidas, que imponían los requisitos que el juez a designar debía de llenar, entre estos estaban, se leal, gozar de buena fama, no ser corrupto, poseer sabiduría, y de buena palabra. También el poder valorar los conflictos que se le presentasen. También estaban dispuestos en las partidas los impedimentos para obtener el cargo, se prohibía que fueran religiosos o mujeres, con excepción de aquellas que se desempeñaran como

¹⁸⁹ Credencial Historia, Mayorga, Fernando, *La administración de Justicia en el período colonial Instituciones e instancias del derecho indiano*, Colombia, 2001, <http://www.banrepcultural.org/node/32330>, 11/05/2015

¹⁸⁹ De León Velasco, Héctor Aníbal y otros. *Op.cit.*, pág. 73 y 74

*reinas o herederas de algún señorío. Los jueces tenían asimismo prohibido recibir cualquier especie de regalo por parte de personas que se encontraran bajo su jurisdicción. Así como contraer matrimonio en el lugar de su residencia o entablar amistades estrechas con los vecinos, al igual que negociar o ser comerciantes. Una vez dictada la sentencia y con calidad de cosa juzgada, el juez debía de hacerla ejecutar.”*¹⁹⁰

3.4 Las Reales Audiencias de las Indias

Fernando Mayorga expone que: *“Las Audiencias constituían los supremos tribunales indianos, en representación directa del monarca en cuyo nombre actuaban, pudiendo, incluso, corregir los abusos de los funcionarios. En este sentido, la Recopilación de Indias señalaba que, ‘sintiéndose algunas personas agraviadas de cualesquier autos, o determinaciones, que proveyeren u ordenaren los Virreyes, o Presidentes por vía de gobierno, puedan apelar a nuestras Audiencias, donde se les haga justicia, conforme a Leyes y Ordenanzas’. Como organismos colegiados estaban formados por los oidores, y su jurisdicción se ejercía generalmente en segunda o tercera instancia. Pero a su vez oidores se desempeñaban individualmente como jueces de provincia, de bienes de difuntos, comisionados de los virreyes en casos especiales, jueces de alzada en el fuero mercantil, integrando el tribunal del protomedicato y como alcaldes del crimen en Lima y en México. A su vez la Audiencia -o su presidente- podían nombrar a uno de sus miembros o a otra persona para actuar como visitador, juez de comisión, juez pesquisidor, juez de tierras, o para residencias a funcionarios que no eran de nombramiento real. Estos últimos eran magistrados, con poderes definidos en cada caso, y que se limitaban al desempeño de una determinada misión. En cambio, los oidores ejercían un cargo vitalicio, eran nombrados por el rey con sueldo fijo y constituyeron durante la mayor parte de la*

¹⁹⁰ *Ibid.*, pág. 77

época colonial la única magistratura ejercida por peritos en derecho, en cuya ciencia más de uno se destacó.”¹⁹¹

Para entender mejor la definición de la Real Audiencia, encontramos que: *“La corona española designó a la Real Audiencia como el principal tribunal de justicia civil y criminal en América. Su objetivo era velar por el cumplimiento y la interpretación de las leyes; sin embargo, tras la promulgación de las leyes de 1542 y 1543 (denominadas Nuevas Leyes), pudo involucrarse en asuntos de gobierno. En este sentido, fiscalizaba la labor ejercida por los gobernadores y, de paso, les restaba poder. Las reales audiencias estaban integradas por un presidente (que podía ser el virrey, el gobernador o un oidor decano), cuatro oidores o jueces, relatores y un fiscal. También formaban parte de ellas otros funcionarios con menores responsabilidades, como el teniente del gran canciller, el alguacil mayor, los escribanos, receptores y procuradores. Los fallos de la Real Audiencia eran casi inapelables. La mayoría de los procesos era finiquitada en esta instancia; solo los de mayor importancia y controversia eran presentados ante el Consejo de Indias. La primera Audiencia establecida en América fue la de Santo Domingo, en 1511.”¹⁹²*

Para el caso de Guatemala, exponen De León Velasco y otros que *“La estructura de la Administración de Justicia estaba configurada en primer lugar por las Reales Audiencias de las Indias. En total fueron doce audiencias y cancillerías Reales. En nuestro caso existía la Audiencia y Cancillería de Santiago de Guatemala. Sus atribuciones eran denominadas “alcaldes del crimen” por conocer de asuntos penales, conformaban el tribunal de la Real Audiencia en el área penal. Los oidores, en cambio, lo hacían en el ámbito civil.*

¹⁹¹ Credencial Historia, Mayorga, Fernando, *La administración de Justicia en el período colonial Instituciones e instancias del derecho indiano*, Colombia, 2001, <http://www.banrepcultural.org/node/32330>, 11/05/2015

¹⁹² Icarito, *Qué son las instituciones coloniales y cuáles fueron?*, Chile, 2009, <http://www.icarito.cl/enciclopedia/articulo/segundo-ciclo-basico/historia-geografia-y-ciencias-sociales/historia-de-chile-colonia/2009/12/405-2322-9-que-son-las-instituciones-coloniales-y-cuales-fueron.shtml>, 11/05/2015

Los fiscales eran letrados encargados de la defensa de los intereses del Fisco Real, y de bien intervenir en los asuntos de interés público, como los penales, debido a que el delito es un hecho antisocial. Los alguaciles mayores eran los jefes de la policía. Había también relatores, que deban cuenta de los procesos a los oidores, escribanos de cámara, que realizaban el trabajo de los oficiales de hoy día, y receptores, encargados de recibir lo proveniente de las penas pecuniarias, entre otros. Los gobernadores, los corregidores y los alcaldes mayores se encargaban de la administración de las regiones en las que se subdividían los territorios de las Audiencias. Tanto corregidores como alcaldes mayores fungían como jueces, la diferencia entre ellos, que con el paso del tiempo fue solo nominal, era que los primeros eran nombrados por las audiencias, mientras que los otros lo eran por el rey. A su vez, los gobernadores eran nombrados por el rey y poseían mayor Jerarquía que los corregidores y alcaldes, pero estaban por debajo de la Real Audiencia. Por disposición de la RECOPIACION DE INDIAS, los gobernadores, corregidores y alcaldes mayores debían de juramentarse frente al consejo respectivo. Su competencia abarcaba conflictos de carácter civil o penal. Los alcaldes ordinarios eran funcionarios que se desempeñaban por un año en los ayuntamientos, como figuras principales de ellos, y no podían optar otra vez al cargo hasta pasados dos años. Su jurisdicción se limitaba a los litigios que surgían en sus pueblos. Al igual que los gobernadores, corregidores y alcaldes mayores impartían, justicia tanto en la rama civil como en la penal. Los procesos podían ser civiles, penales o mixtos.»¹⁹³

Luego de la conquista, España se vio en la necesidad de aplicar un sistema de derecho en América. El sistema de derecho indiano o de Castilla fue el elegido para ser aplicado de manera supletoria en los territorios conquistados, tomando como elementos esenciales la ley divina, la equidad, y la legislación propia de

¹⁹³ De León Velasco, Héctor Aníbal y otros. *Op.cit.*, pág. 77

las indias. Los principales cuerpos legales que se aplicaron fueron Las Siete Partidas del rey Alfonso X, el Sabio, y las denominadas nuevas recopilaciones.

Las Siete Partidas constituyen uno de los textos de derecho indiano más importantes ya que son el primer intento de crear un código jurídico unificado. En las Partidas estaban recogidos los temas más importantes en cuanto a la aplicación de justicia, estando cada una de las Partidas dividida en Títulos. Las Partidas que más nos interesan en el desarrollo del presente trabajo son la III y la VII, ya que en ellas se encuentra regulado todo lo concerniente al derecho procesal y al derecho penal.

Dentro de la estructura de la partida VII se regulan los delitos, las penas y su forma de aplicación, la forma de las denuncias, las pruebas, el procedimiento de enjuiciamiento y todo lo relativo al derecho procesal penal. La forma ordenada y sistemática de esta Partida aseguró su aplicación durante un período extendido de tiempo y la hace influencia para las disposiciones legales modernas.

El mayor poder en la época colonial era el del Rey. Se tenía como hecho que el Rey había sido nombrado por Dios para ejercer su justicia a sus súbditos. El Rey no estaba por encima de la ley aun cuando él tenía la potestad de legislar, debía cumplirla y exigir que si por su mandato se daba una ley injusta o dañina, los súbditos no cumplieran con ella. Esta cualidad diferenciaba a la monarquía de la tiranía. El rey era el encargado de nombrar a los jueces, quienes debían contar con determinadas características para poder optar al cargo y se encargaban del cumplimiento de las sentencias que pasaban por autoridad de cosa juzgada.

El mayor tribunal en el tiempo de la colonia fue la Real Audiencia de las Indias. Este tribunal fue nombrado por la corona española para impartir justicia civil y penal. Su función consistía en velar por el cumplimiento de las leyes y fiscalizar el actuar de los gobernadores. Dentro de la estructura de las Reales Audiencias, existían quienes se encargaban de los asuntos penales, quienes de los civiles,

tributarios, jefes de la policía y quienes se encargaban de realizar las funciones que se equiparan a las funciones de un oficial de un juzgado hoy en día. La jerarquía dependía de quien hubiese nombrado al letrado, por ejemplo, los gobernadores eran nombrados por el rey y los corregidores por las audiencias, por lo que el gobernador tenía mayor jerarquía que un corregidor, pero no tenía mayor jerarquía que la Real Audiencia, ya que la Real Audiencia era el tribunal mayor.

CAPÍTULO 4

LA CODIFICACIÓN GUATEMALTECA Y PANORÁMICA ACTUAL

4.1 Los Códigos Penales Promulgados en Guatemala a través del Tiempo

4.1.1. Los Códigos de Livingston

Jorge Luján Muñoz indica que *“Guatemala, lo mismo que el resto de Hispanoamérica, inició su vida independiente dividida en dos bandos o ‘partidos’: los conservadores y los liberales...Los liberales derrotaron a los conservadores en 1829, después de más de dos años de guerra civil...Una vez efectuadas las elecciones, tomó posesión como Presidente de la Federación Francisco Morazán, y en agosto del año siguiente asumió la jefatura del Estado de Guatemala Mariano Gálvez. Ambos fueron reelectos para otro período y se mantuvieron en el mando hasta que el predominio liberal llegó a su fin en 1838-39.”*¹⁹⁴

Con Mariano Gálvez se inicia una reforma legislativa que llevó a escoger como modelo a la legislación elaborada por el jurista y político estadounidense Edward Livingston para el Estado de Louisiana, explica Luján Muñoz: *“La traducción del Código Penal fue impresa el propio año de 1831...El mismo 1831, el Presidente Federal Morazán autorizó, al reunirse el Congreso del Estado de Guatemala, que se procediera a la revisión y adaptación de los códigos de Livingston para la República.”*¹⁹⁵

Continúa explicando Luján Muñoz que *“los códigos los aprobó la Asamblea escalonada y separadamente. Primero fue el Código de Reforma y Disciplina de Prisiones (el 26 de abril de 1834), luego el Código Penal (30 del mismo mes y año); después la Ley Orgánica de la Administración de Justicia por Jurados (27*

¹⁹⁴ Luján Muñoz, Jorge. *Del derecho colonial al derecho nacional: el caso de Guatemala*, Puerto Rico, XIII Congreso del Instituto Internacional de Historia de Derecho Indiano, 2000, pág. 85 y 87

¹⁹⁵ *Ibid.*, pág. 90

de agosto de 1835), seguidamente el Código de Procedimientos del Ramo Criminal y el Código de Pruebas Judiciales... Esta primera generación liberal vio al sistema de juicios penales por jurados como esencial en la transformación de la sociedad. Según ellos, los juicios tendrían que ser más equitativos que cuando una sola persona dictaba la sentencia, y consideraban que iba en contra del gobierno republicano que el juez determinara tanto los hechos como el derecho.”¹⁹⁶

Los Códigos de Livingston tuvieron una fuerte oposición y finalmente fueron “suspendidos” el 13 marzo de 1838, “y se restableció ‘provisionalmente la administración de justicia que regía antes de su promulgación’...aunque el decreto hablaba de ‘suspensión’, el hecho fue que a causa de los desenvolvimientos posteriores y la caída de los liberales en Guatemala, los polémicos códigos de Livingston nunca más volvieron a estar vigentes.”¹⁹⁷

4.1.2. La Codificación Liberal – Código de 1877

Tal y como lo explica Luján Muñoz, “el segundo esfuerzo codificador y modernizador del sistema legal de Guatemala se inició en 1875, dos años después de que asumiera la presidencia Barrios.”¹⁹⁸ E indica que “en 1877 se emitió el Código Penal de la República de Guatemala, que igualmente comenzó a regir el 15 de septiembre. Según se indica en los considerandos, fue elaborado por la misma comisión que redactó el Código Civil. En contraste con la edición de los otros códigos, carece de informe inicial justificativo o explicativo. Comprendía 477 artículos, divididos en tres libros: I ‘Disposiciones generales sobre los delitos y faltas, las personas responsables y las penas’, II ‘De los delitos y sus penas’, y III ‘De las faltas y sus penas’. En el mismo impreso se incluyó el ‘Código de Procedimientos en materia criminal’, de 151 artículos, en un único libro... Al año siguiente, el 15 de septiembre de 1878 (aprobado por

¹⁹⁶ *Ibid.*, pág. 92

¹⁹⁷ *Ibid.*, pág. 95

¹⁹⁸ *Ibid.*, pág. 102

decreto número 214, de 1 de agosto de ese año), entró a regir el Código Militar de la República de Guatemala (en realidad era un código penal y de procedimientos).¹⁹⁹

4.1.3. El Código de 1889

Diana Marisol Simón Chávez expone que “El 15 de febrero de 1889, se promulgó un nuevo Código penal por Decreto 419, dictado por el presidente de la República, General Manuel Lisandro Barillas. Este Código fue aprobado por el Decreto No. 48 de la asamblea nacional legislativa, de fecha 29 de abril de 1889. En este código el principal avance consistió en la supresión del sistema de penas compuestas para dejarlas fijas a cada delito, sin diversos extremos, para el caso de faltar circunstancias atenuantes o agravantes.”²⁰⁰

4.1.4. El Código de 1936

Durante el gobierno de Jorge Ubico se promulga un nuevo Código Penal, tal y como lo expone Simón Chávez “En 1936 se designó a los abogados Manuel Zeceña Beteta y Manuel Marroquín, para que redactaran la legislación penal que se conoce como Código del 36, que entró en vigor el 25 de mayo de 1936 según Decreto 2164 de la asamblea legislativa de Guatemala. El criterio de varios penalistas guatemaltecos, es que la tendencia que siguió el Código Penal del 36, fue la de la escuela clásica. Este código fue reformado por varios decretos presidenciales y decretos del Congreso, los cuales trataron de darle un impulso decisivo a nuestro derecho penal, pero lamentablemente la experiencia ha demostrado que casi la totalidad de ellos además de haberse dictado en forma casuística, no llenaron las finalidades para las que se les decretó, razones que explican la copiosa emisión de disposiciones legislativas entre 1936 y 1973,

¹⁹⁹ *Ibid.*, pág. 104 y 105

²⁰⁰ Simón Chávez, Diana Marisol, *EL ENCUADRAMIENTO ERRÓNEO DE LA NEGLIGENCIA MÉDICA EN EL DELITO DE LESIONES*, Guatemala, 2012, Tesis de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala, pág. 13

lapso durante el cual rigió el Código del 36 que fue abrogado por el Decreto 17-73, actualmente en vigencia.”²⁰¹

4.2 Código Penal actual y sus influencias

El Código Penal que se encuentra en vigencia entro en vigor el 1 de enero de 1974. De León Velasco y otros exponen que *“El código penal actual fue elaborado en su mayoría por el licenciado Hernán Hurtado. Y cobro vida con el decreto 17-73 el congreso de la Republica, habiendo sufrido leves modificaciones bajo los decretos 28-86,42-94, 20-96 las cuales no alteran radicalmente su estructura.”²⁰²*

Claudia Esther Barrientos Rendón indica que: *“El Código Penal guatemalteco está estructurado por la parte general artículos del 1 al 122 que contiene todos los principios, garantías y demás elementos de aplicación general y la parte especial Artículos del 123 al 498 a partir del Artículo 123 se encuentran los delitos y los bienes jurídicos tutelados son: la vida y la integridad de la persona, la seguridad del tránsito, el honor, la libertad y la seguridad sexual y el pudor, la libertad individual, la libertad de cultos y el sentimiento religioso, la inseminación, el orden jurídico familiar y el estado civil, el estado civil, el patrimonio, el derecho de autor, la propiedad industrial y la informática, la seguridad colectiva, los medios de comunicación transporte y otros servicios públicos, la salud, la fe pública y el patrimonio, la industria y el comercio, el régimen tributario, la seguridad del Estado, las relaciones exteriores del Estado, la trascendencia internacional, el orden institucional, la Constitución, el orden político interno del estado, el orden público, la tranquilidad social, la administración pública cometidos por particulares y por funcionarios o empleados públicos, la administración de justicia y a partir del Artículo 480 el libro tercero que regula todo lo referente a las faltas cometidos contra las personas, la propiedad, las*

²⁰¹ *Ibid.*, pág. 14

²⁰² De León Velasco, Héctor Aníbal y otros. *Ibid.*, pág. 78

buenas costumbres, los intereses generales y régimen de las poblaciones, el orden público y el orden jurídico tributario.”²⁰³

De León Velasco y otros continúan exponiendo que “el código penal abrogado refleja las influencias de la corriente clásica del Derecho Penal, si bien introdujo algunos avances técnicos como el principio de legalidad, el de retroactividad de la ley penal favorable al reo y otros. El código penal actualmente en vigencia presenta una estructura mucho más técnicamente acabada que el anterior, aunque entre las novedades se ha limitado a introducir algunos principios de la Escuela clásica que aún conserva se dejan ver en el muy pocos avances de la corriente técnico jurídica, pese a que en su tiempo de creación ya dominaba este enfoque en todo el ámbito jurídico penal. Entre las más sobresalientes críticas que se pueden hacer a su parte general, una sería la falta de definiciones precisas respecto de los dos institutos más importantes, como son el delito y la pena. También es criticable la enumeración de una serie de medidas de seguridad, readecuadas y curativas principalmente, que solo sirven de ornamento ya que por lo general nunca se aplican, sea porque no existen establecimientos adecuados para ello, sea porque la práctica criminología brilla por su ausencia. Con relación a la parte especial, únicamente nos limitaremos a delictivas cuya tipificación no guarda realicen con nuestra realidad social, por lo que su vigencia es solo aparente. Resulta preciso, en este sentido acomodar nuestra legislación a las particulares condiciones de nuestra sociedad, lo que exige que la recepción de los conceptos de responsabilidad penal y de las figuras delictivas provenientes de otras sociedades más avanzadas se realice siempre de una manera crítica, de forma que, sin renunciar a los indudables avances en la administración de justicia que tal recepción supone, se preste asimismo la debida atención a nuestros condicionalmente sociales.”²⁰⁴

²⁰³ Barrientos Rendón, Claudia Esther, *Crear un nuevo Código Penal en Guatemala*, Guatemala, 2006, Tesis de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala, pág. 17

²⁰⁴ De León Velasco, Héctor Aníbal y otros. *Ibid.*, pág. 79

4.3 Reformas al Código Penal

El Código Penal actualmente en vigencia, Decreto número 17-73 ha sufrido ligeras modificaciones mediante diversos Decretos, que han incluido figuras delictivas, faltas y penas y entre ellos podemos encontrar:

- Decreto Ley número 94-85: reformas a las penas y delitos
- Decreto número 22-86: que estable el delito económico especial
- Decreto número 20-96: modifica las penas de prisión y algunos delitos
- Decreto número 33-96: incluye nuevos bienes jurídicos tutelados como el medio ambiente y el patrimonio histórico
- Decreto número 103-96: que indica a la Tipografía Nacional que debe imprimir las nuevas versiones del Código Penal
- Decreto número 30-97: que regula el delito de evasión de reos y detenidos
- Decreto número 38-2000: adiciona delitos
- Decreto número 14-2005: modifica el delito de Trata de Personas
- Decreto número 4-2010: adiciona sanciones y modifica delitos electorales
- Decreto número 4-2012: Adiciona delitos de defraudación
- Decreto 31-2012: adiciona y modifica delitos de corrupción

Dentro de la historia guatemalteca se han promulgado cinco códigos penales.

El primero, denominado los Códigos de Livingston, por el nombre del autor de los mismos Edward Livingston, se promulgaron dentro de la etapa del primer gobierno liberal del Doctor Mariano Gálvez en el año de 1834. Estos códigos eran las versiones traducidas de los textos que Edward Livingston realizó para el estado de Louisiana en Estados Unidos. Consistieron en cinco cuerpos legales básicos: el Código de Reforma y Disciplina de Prisiones, el Código Penal, la Ley Orgánica de la Administración de Justicia por Jurados, el Código de Procedimientos del Ramo Criminal y el Código de Pruebas Judiciales.

Los aspectos más importantes de estos cuerpos legales radicaron en dos premisas principales: la primera, la transformación de las cárceles en talleres en donde los privados de libertad se 'regenerarían' para luego buscar su reinserción a la sociedad, y los juicios por jurados, tradicionales del sistema del common law, que se pretendía fueran más justo y equitativos. La situación de la Federación Centroamericana en el momento de su promulgación no era la ideal, por lo que fueron suspendidos, no derogados, en 1838, por lo que se considera que estuvieron en vigor durante aproximadamente cuarenta años hasta la promulgación del nuevo Código Penal.

El segundo Código Penal se promulgó durante el gobierno del general Justo Rufino Barrios en 1877 y comenzó a regir el 15 de septiembre del mismo año, derogando así finalmente el código de 1834. Este código se dividió en tres libros y contaba con 447 artículos. Adicionados a estos libros, se imprimió en conjunto un libro único que contenía el Código de Procedimientos en materia criminal.

El tercer código entró en vigor durante el gobierno de Manuel Lisandro Barillas en 1889, el mayor avance que dio este código fue la eliminación de las penas compuestas y el establecimiento de penas específicas para cada delito, así como la institución de situaciones atenuantes y agravantes.

El cuarto código fue promulgado durante el gobierno de Jorge Ubico en 1936, el cual siguió los postulados de la escuela clásica, y fue reemplazado por el código de 1974, que es el que está actualmente en vigencia.

El código penal vigente fue promulgado por el Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, entro en vigencia el uno de enero de 1974. Fue elaborado en su mayoría por el licenciado Hernán Hurtado. Su estructura es más técnica que los anteriores y se divide en dos partes, la parte general y la parte especial.

El Código Penal actual ha sufrido varias reformas por diferentes decretos leyes y decretos del Congreso de la República, que, en su mayoría, no han constituido cambios mayores al cuerpo legal, por lo que algunos se cuestionan sobre la necesidad de crear un nuevo Código Penal más adecuado al tiempo en el que vivimos.

CAPÍTULO 5

LA LEGISLACIÓN PENAL ESPECIAL Y DE EMERGENCIA

5.1 Definición de legislación penal especial y de emergencia

Guillermo Cabanellas establece que la LEY es “*Regla, norma, precepto de la autoridad pública, que manda, prohíbe o permite algo. La expresión positiva del Derecho. Regla de conducta obligatoria dictada por el Poder legislativo, o por el ejecutivo cuando lo sustituye o se arroga sus atribuciones. Ampliamente, todo reglamento ordenanza, estatuto, decreto, orden u otro mandamiento de una autoridad en ejercicio de sus atribuciones. El Derecho escrito, como contraposición a la costumbre. Cualquier norma jurídica obligatoria.*”²⁰⁵

Con esto definido podemos citar a M. Cobo del Rosal, que establece que según la Constitución Española la ley es “*la manifestación de voluntad de las Cortes Generales, producida según el procedimiento constitucionalmente previsto, expresada por escrito y revestida de las demás formalidades necesarias, cuyas prescripciones han de ser acatadas por los órganos ejecutivos y judiciales, y que puede emitir, de modo libre e independiente, cualquier clase de reglas o decisiones vinculantes para todos los ciudadanos, siempre que no sean contrarias a la Constitución.*”²⁰⁶

La LEY PENAL es entonces, según Puig Peña citado por De León Velasco y De Mata Vela “*es aquella disposición por virtud de la cual el Estado crea Derecho con carácter de generalidad, estableciendo las penas correspondientes a los delitos que define.*”²⁰⁷ Para Palacios Motta, también citado por los anteriores autores, la ley penal es “*el conjunto de normas jurídicas que definen los delitos y*

²⁰⁵ Ley, Cabanellas de Torres, Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires Argentina Editorial Heliasta. 1993. Pág. 186

²⁰⁶ Cobo del Rosal, M. y Vives Antón T.S. *Op.cit.*, Pág.109

²⁰⁷ De León Velasco, Héctor Aníbal y de Mata Vela, José Francisco. *Derecho penal guatemalteco*, Guatemala, Editorial Estudiantil Fénix, 2012, vigésima segunda edición, pág. 81

las faltas, determinan las responsabilidades o las exenciones y establecen las penas o medidas de seguridad, que corresponden a las figuras delictivas.”²⁰⁸

Edgar Geovany López Muñoz establece las características de la ley penal como:

“- Generalidad: Se refiere a que la ley penal se dirige a todas las personas, tanto individuales o jurídicas que habitan un país, sin distinguir cuestiones de razas, etnias, credos o costumbres.

- Obligatoriedad: Hace alusión al mandato impuesto por el estado en que tienen todas las personas de cumplir con el ordenamiento jurídico, siendo éste de observancia obligatoria.

- Igualdad: De acuerdo a la Constitución Política de la República de Guatemala todas las personas son iguales en dignidad y derechos; es decir sin discriminación de raza, sexo, religión, o posición económica. Esta igualdad tiene una excepción haciéndola de cierta forma parcial, toda vez que existen disposiciones normativas que determinan cuáles personas que ocupan algún determinado cargo público gozan de ciertos privilegios que les son exclusivos. Un ejemplo en concreto es el antejuicio siendo esta institución una excepción a la regla general de igualdad en cuanto a la aplicación de las leyes penales.

- Exclusividad: La exclusividad se deriva del origen de la ley y que solo ella puede definir los delitos; está por lo tanto ligada al principio de legalidad. Es decir que sólo la ley penal puede crear delitos y regular las penas y medidas de seguridad para los mismos. En ese sentido la exclusividad funge dos funciones: en primer lugar advierte a las personas que serán castigados si cometen cualquier delito descrito por la ley; y por otro lado garantiza que nadie puede ser castigado o sancionado por un hecho que no esté previamente regulado por la ley como delito o falta.

²⁰⁸ Loc. cit.

- *Permanencia*: Esta característica determina que la ley penal debe permanecer en el tiempo y en el espacio hasta que otra ley la abroge, es decir abolir totalmente la ley, o la derogue.

- *Ineludibilidad*: Según esta característica mientras la ley permanezca vigente en el tiempo, ésta es ineludible para todos los que habitan el territorio nacional; todos los habitantes deben de cumplirla mientras la ley sea de observancia obligatoria para todas las personas y no pueden éstas excusarse para que ésta no les sea aplicada.

- *Imperatividad*: Esta característica se refiere a que las normas penales contienen generalmente prohibiciones o mandatos que todos deben cumplir, no dejando nada a la voluntad de las personas, es decir sin contar con la anuencia de la persona que solamente debe acatarla y en caso contrario se encuentra ante el riesgo de ser juzgado y como consecuencia si es hallado culpable la posibilidad de imponérsele una pena.

- *Sancionadora*: La norma penal, si bien es cierto es preventiva es ante todo sancionadora, toda vez que la ley penal impone una pena cuando ésta no es acatada.²⁰⁹

Establecen entonces De León Velasco y De Mata Vela que la **Ley Penal Especial** es “el conjunto de normas jurídico-penales que, no estando contenidas precisamente en el Código Penal, regulan la conducta de personas pertenecientes a cierto fuero, o tutelan bienes o valores jurídicos específicos, convirtiéndose en Leyes Penales Especiales.”²¹⁰

La legislación penal de emergencia es conocida como los Decretos Leyes que, según lo exponen De León Velasco y De Mata Vela “son disposiciones jurídicas

²⁰⁹ López Muñoz, Edgar Geovany, *Análisis jurídico-doctrinario para determinar la existencia de un vacío legal entre los artículos 123 y 132 relativos a la portación ilegal de armas de fuego*, Guatemala, 2011, Tesis de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala, pág. 35

²¹⁰ De León Velasco, Héctor Aníbal y de Mata Vela, José Francisco. *Derecho penal guatemalteco*, Guatemala, Editorial Estudiantil Fénix, 2012, vigésima segunda edición, pág. 85

que emanan con carácter de leyes del Organismo Ejecutivo, cuando por cualquier razón no se encuentra reunido o no existe el Congreso de la República (Organismo Legislativo) que es el órgano constitucionalmente encargado de crear las leyes. Estos Decretos Leyes, nacen regularmente en un estado de emergencia o en un gobierno de facto.”²¹¹

5.2 Justificaciones de la Ley Penal de Emergencia

De León Velasco y otros exponen respecto a la ley penal especial y de emergencia que *“La legislación penal especial y de emergencia abarca leyes que no están dentro del código penal sino que son creadas para atender especiales necesidades de orden público en un determinado tiempo y espacio. Estas leyes suelen ser transitorias y la gran Mayoría son promulgadas por el presidente o jefe de Estado de turno, si bien algunas han sido dictadas por el Congreso de la República.”²¹²*

En Guatemala, la Ley de Orden Público, Decreto número 7 de la Asamblea Nacional Constituyente, regula lo respectivo a los estados de excepción en los que se ven suprimidas algunas garantías constitucionales.

Según lo expuesto por el Dr. Ramón de la Cruz Ochoa, cuando se da uno de esos estados de excepción y se legisla *“Estaríamos así ante un derecho de emergencia, en la que la sociedad ante la situación excepcional de conflicto creada, renuncia a las garantías ciudadanas. Estas características se hacen visibles ante determinados imputados “peligrosos” mediante institutos como la prisión preventiva, la incomunicación, las medidas de seguridad pre-delictivas, no acceso a la defensa, secretividad de la investigación y violaciones de otros derechos reconocidas en el debido proceso.”²¹³*

²¹¹ *Loc. cit.*

²¹² *Ibid.*, pág. 80

²¹³ El Derecho Penal de los inicios del Siglo XXI en la encrucijada entre las garantías penales y el expansionismo irracional, Dr. de la Cruz Ochoa, Ramón , *La polémica actual en el Derecho Penal*, Cuba,

Marien Piorno Garcell define el derecho de emergencia y su legislación como el Derecho Penal del Enemigo, indicando que *“el Derecho Penal del Enemigo lo componen aquellos tipos penales que anticipan la punibilidad a actos que solo tienen el carácter de preparatorios de hechos futuros...No se trata del castigo de una causación reprochable de daño social, sino la eliminación preventiva de la fuente de peligro que constituye el hombre definido como peligroso.”*²¹⁴

5.3 Antecedentes Históricos en Guatemala de la Ley Penal Especial

La primera legislación especial de la que se cuenta con información en Guatemala fue en época de la colonia, con la existencia de los Tribunales del Santo Oficio.

Tal y como lo expone José Cal Montoya *“La Inquisición, comprendida como la actividad de los tribunales de la Iglesia católica que perseguían a los herejes, fue instaurada en España en 1478 y a partir de 1569 en las ciudades americanas de México, Lima y Cartagena de Indias, estableciéndose en esta última en el año de 1610. Aunque era considerada como una rama de la Inquisición castellana en el nuevo mundo, su actividad fue distinta y más flexible. Las provincias del Reino de Guatemala quedaron bajo jurisdicción del Tribunal de la Inquisición de México y los comisarios del Santo Oficio de la ciudad de Guatemala y otras provincias, centraron su actividad en contener el protestantismo, perseguir la herejía, otras ideas contrarias a la doctrina católica y casos de irreligiosidad o bigamia. La actividad del Tribunal de la Inquisición en Guatemala tuvo como rasgo particular la persecución de la hechicería y la supresión de ideas y creencias supersticiosas. Situación de enorme interés para la Iglesia católica de este*

<http://www.lex.uh.cu/sites/default/files/1.%20Libro%20Homenaje%20al%20Dr%20Ram%C3%B3n%20de%20la%20Cruz%20Ochoa.PDF>, 12/05/2015

²¹⁴ Cuadernos Críticos del Derecho, Piorno Garcell, Marien, Derecho Penal del Enemigo, solución o caos?, 2010, http://www.liberlex.com/archivos/DP_enemicus.pdf; 12/05/2015

tiempo, preocupada por preservar la pureza de una doctrina que estaba frente a la supervivencia de ritos indígenas.”²¹⁵

A este respecto exponen De León Velasco y otros que “*El Santo Oficio en Guatemala tuvo 4 etapas fundamentales, la primera abarca el último tercio del siglo XVI y es la etapa de organización durante esta época los comisarios siempre actúan bajo Órdenes y la actividad inquisitorial es dirigida desde el tribunal de México. La segunda etapa comprende la primera mitad del siglo XVII, que es una época de esplendor y afianzamiento caracterizada por una intervención importante del Santo Oficio en la vida diaria velando por el espíritu religioso de la sociedad guatemalteca se amplía la libertad de acción de los comisarios, quienes aumentan sus facultades y sus responsabilidades, se solicita un Tribunal en Guatemala, pero es denegado. La tercera etapa incluye la segunda mitad el siglo XVII y casi la primera mitad del siglo XVIII. Es una época de estabilización y mantenimiento de actividades a pesar de la crisis espiritual y social derivada del cambio de la dinastía en España. La cuarta etapa abarca la segunda mitad del siglo XVIII. Ya en los últimos años de la tercera época se había visto cierto decaimiento, se produce la expulsión de los jesuitas de Guatemala, lo que posibilita un cierto desenvolvimiento filosófico, la actividad inquisitorial se dirige ahora a combatir las doctrinas que llevaron a Francia a la revolución social y política.*”²¹⁶

5.4 Legislación Penal Especial y de Emergencia en la Época Contemporánea de Guatemala

- Legislación Penal Especial:

Tal y como ya se expuso por De León Velasco y De Mata Vela, la legislación penal especial es “*el conjunto de normas jurídico-penales que, no estando contenidas precisamente en el Código Penal, regulan la conducta de personas*

²¹⁵ La Inquisición fue implantada por la corona de Castilla, Cal Montoya, José, 2014, Guatemala, https://www.cronica.com.gt/portada-cronica/la-inquisicion-fue-implantada-por-la-corona-de-castilla_3b0913, 12/05/2015

²¹⁶ De León Velasco, Héctor Ánibaly otros. *Op.cit.*, pág. 80

pertenecientes a cierto fuero, o tutelan bienes o valores jurídicos específicos, convirtiéndose en Leyes Penales Especiales.”²¹⁷

En Guatemala, a partir de la promulgación del Código Penal, Decreto 17-73, se han promulgado varias leyes que regulan materias específicas y crean nuevas figuras tipo que no se contemplaban en el Código Penal, o bien, cuya tipificación y consecuentes sanciones eran muy escuetas y no se apegaban a las necesidades del país. Entre estas podemos encontrar:

1. Ley Contra La Narcoactividad - Decreto 48-92
2. Ley Para Prevenir Sancionar Y Erradicar La Violencia Intrafamiliar - Decreto 97-96
3. Ley Contra El Lavado De Dinero U Otros Activos - Decreto 67-2001
4. Ley Contra La Delincuencia Organizada - Decreto 21-2006
5. Ley Contra La Violencia Sexual, Explotación Y Trata De Personas - Decreto 9-2009
6. Ley De Extinción De Dominio - Decreto 55-2010
7. Ley Del Régimen Penitenciario - Decreto 33-2006
8. Ley En Materia De Antejucio - Decreto 85-2002
9. Ley Forestal - Decreto 101-96
10. Ley De Protección Integral De La Niñez Y Adolescencia (Ley Pina) - Decreto 27-2003
11. Ley Reguladora Del Procedimiento De Extradición - Decreto 28-2008
12. Ley Contra El Femicidio Y Otras Formas De Violencia Contra La Mujer - Decreto 22-2008
13. Ley General De Caza - Decreto 36-04
14. Ley General De Pesca Y Acuicultura - Decreto 80-2002
15. Ley De Armas Y Municiones - Decreto 39-89
16. Ley Contra La Narcoactividad – Decreto 48-92
17. Ley Contra La Defraudación Y El Contrabando Aduaneros – 58-90

²¹⁷ De León Velasco, Héctor Aníbal y de Mata Vela, José Francisco. *Derecho penal guatemalteco*, Guatemala, Editorial Estudiantil Fénix, 2012, vigésima segunda edición, pág. 85

18. Ley De Protección Y Mejoramiento Del Medio Ambiente – 68-86

- **Legislación Penal de Emergencia:**

En cuanto a lo que se refiere a la legislación penal de emergencia, tal y como lo exponen De León Velasco y otros en su Manual de Derecho Penal Guatemalteco, *“en Guatemala ha habido recientemente una legislación de emergencia que la gran mayoría de los guatemaltecos recuerdan esta fue la de los tribunales de fuero especial creados en el tiempo de Efraín Ríos Montt mediante el Decreto ley 46-82. Después del golpe de estado del 23 de marzo de 1982. Cuando se decretó la suspensión de la constitución de 1965, se prohibieron los partidos políticos y se disolvió el congreso (Decretos leyes 2-82 y 3-82), el nuevo régimen militar actuó sin ninguna base legal. De ahí la promulgación de un estado fundamental de Gobierno (Decreto ley 24-82) mes y medio después, como una “especial de constitución” para “normalizar el así jurídicamente” Ese estatuto pretendía desarrollar una “estructura jurídico-política en la Nación que garantizara que el País se encamina hacia la honestidad, la estabilidad, legalidad y la seguridad... (y) un régimen de legalidad constitucional que conduce a un plan político y a un gobierno democrático que surge con elecciones populares. Se implanto un estado de sitio que duro un año, y cuya vigencia se mantuvo mes a mes mediante los Derechos leyes 45-82, 61-82, 71-82, 76-82, etc., ‘ya que persistían las causas que alteraban la paz social y el orden público’ que dieron origen al mencionado Estado de Excepción.”*²¹⁸

Estas justificaciones las podemos encontrar plasmadas en los considerandos del Decreto Ley 46-82: **“CONSIDERANDO:** *Que grupos de delincuentes, mediante actividades subversivas de naturaleza extremista, pretenden por medios violentos cambiar las instituciones jurídicas, políticas, sociales y económicas de la Nación;* **CONSIDERANDO:** *Que quienes realizan estas actividades hacen uso de procedimientos que perturban el orden público, alteran gravemente la tranquilidad social y destruyen vidas y bienes de los habitantes de la República;*

²¹⁸ De León Velasco, Héctor Aníbal y otros. *Op.cit.*, pág. 81

CONSIDERANDO: *Que para proteger el orden, la paz y la seguridad públicas, se hace necesario dictar la ley que garantice una rápida y ejemplar administración de justicia, en el juzgamiento de delitos que atenten contra estos valores.*²¹⁹

Según lo expuesto en la colección de informes del Archivo Histórico de la Policía Nacional Civil, los tribunales de fuero especial “*Tenían la finalidad de juzgar selectivamente a personas acusadas de delitos catalogados como trascendentes por su naturaleza, efectos o reincidencia. Gozaban de secretividad (ningún juez signó su nombre) y celeridad (las personas condenadas a muerte fueron ejecutadas casi inmediatamente). En cuanto a los delitos que juzgaban, no se puede establecer un margen estricto. Oscilaban entre transgresiones reincidentes de orden común, a faltas consideradas como delitos políticos ‘contra la seguridad de la nación’.*”²²⁰

Continúan explicando De León Velasco y otros que “*En esa época se advertía a los detenidos que les esperaban tres posibilidades, ser liberado sin más, ser ejecutado extrajudicialmente o ser juzgado en los tribunales de fuero especial. Con la creación de esos Tribunales el gobierno pretendió, además de “legalizar” la represión, administrar un castigo rápido y ejemplar a los detenidos, según se establece en el considerando tercero de la ley... En realidad los tribunales de Fuero Especial ajustaban su actividad, no tanto a las normas de la ley constitutiva, sino a regulaciones y consignas, militares de carácter secreto. En consideración a esto, nadie sabía ni podía informarse sobre quiénes eran los “jueces” cuantos eran donde funcionaban, cuando se reunían. Además hasta hoy se desconoce dónde están las copias de sus actuaciones, que también quedaban ocultas. Los expedientes tramitados por dichos tribunales eran ultra*

²¹⁹ El Presidente de la República en Consejo de Ministros; “Ley de Tribunales de Fuero Especial”; Decreto-Ley 46-82

²²⁰ Archivo Histórico de la Policía Nacional Civil, Segundo Cuerpo de la Policía Nacional: 1975-1985, 2012, Guatemala, Disponible en línea en: http://archivohistoricopn.org/media/informes/2docuerpo_pn.%201975-1985.pdf; pág. 49 fecha de consulta 12/05/2015

secretos, sin posibilidad de acceso a ellos, los memoriales se presentaban en una oficina del Ministerio de la Defensa situada en el Palacio Nacional y no en el edificio del organismo judicial, donde el oficial encargado de la receptoría estampaba el sello del recibido, siendo a partir de ese momento su trámite totalmente ignoto. El anonimato de los jueces, el secreto de sus actuaciones y la inexistencia de constancia escrita conculcaron desde un comienzo los principios de publicidad y de imparcialidad de los jueces. Tampoco se conoció nunca la sede de estos tribunales.”²²¹

En cuanto a las garantías del debido proceso, exponen los autores que: “*Aunque la ley de Tribunales de Fuero Especial establecía el derecho de todo acusado a ser asistido por su defensor, designado por el o por el tribunal, en la práctica las declaraciones de los procesados se tomaban sin presencia de abogado defensor, o en algunos casos en que hubo, abogado defensor, los acusados nunca llegaron a conocerlo. Los tribunales de fuero especial tampoco respetaron la garantía de los acusados de no declarar contra sí mismos, lo cual, aunado a la tortura en los interrogatorios, posibilitó, en varios casos, la auto-incriminación de los imputados, que aceptaron falsas acusaciones. En conclusión, los juicios sumarios ante los tribunales de fuero especial violaron todas las garantías que supone el derecho a un proceso justo.*” Agregan que “*los tribunales de fuero especial fueron, al fin, disueltos inmediatamente después del golpe militar de agosto de 1984 posteriormente, en virtud del Decreto ley 74-84 se otorgó indulto a todas las personas condenas por tales tribunales, ninguno de los condenados en estos procesos abiertamente ilegales fue indemnizado. Además se desconoce la suerte que siguieron aquellos procesados que no fueron condenados, cuyo número alcanzaría las 300 personas.*”²²²

Ampliando este tema, la colección de informes del Archivo Histórico de la Policía Nacional Civil recoge los siguientes datos: “*Según los documentos de este*

²²¹ De León Velasco, Héctor Aníbal y otros. *Op.cit.*, pág. 82

²²² *Ibid.*, pág. 84

Fondo analizados hasta el momento, se puede argumentar que los Tribunales de Fuero Especial ordenaron por lo menos la sentencia a muerte de quince personas que fueron ejecutadas por fusilamiento. Las primeras cuatro ejecuciones se realizaron el día 17 de septiembre de 1982, según informe de novedades localizado en este Fondo Documental. En el documento se reporta que a las 04:40 horas salieron del Cuerpo con destino al Cementerio General, el Primero y Segundo Jefes acompañados de dos tanques, veinte elementos de la Guardia de Honor, dos radio patrullas y dos vehículos más, para custodiar a los reos Julio Hernández Perdomo, Marcelino Marroquín, Julio César Vásquez Juárez y Jaime de la Rosa Rodríguez, quienes habían sido sentenciados a muerte por el Tribunal de Fuero Especial No.1, por atentar contra la autoridad y contra la seguridad de la nación.²²³

Según lo expuesto por los autores y los cuerpos normativos citados, la legislación penal especial y de emergencia responden a dos situaciones especiales.

La primera, la ley penal especial, son todas las leyes que, aún sin ser parte del Código Penal, regulan actos y omisiones que pueden ser constitutivos de delitos o faltas. Estas regulan materias específicas que por alguna razón no quedaron reguladas dentro del código, o su regulación dentro del mismo es muy escueta y no se aplica dentro del tiempo en que las mismas fueron promulgadas.

En la historia de Guatemala, la primera ley que se consideró especial fue la ley que establecía los Tribunales del Santo Oficio, o la Inquisición Española en América, que se encargaban de perseguir herejes y defectores de la religión católica. También perseguían a personas por delitos como el de brujería y adulterio. En Guatemala nunca se estableció un tribunal propio, por lo que todas

²²³ Archivo Histórico de la Policía Nacional Civil, Segundo Cuerpo de la Policía Nacional: 1975-1985, 2012, Guatemala, *Op.cit.*, pág. 49 fecha de consulta 12/05/2015

las órdenes provenían del tribunal establecido en México. El Santo Oficio continuó hasta la expulsión de los jesuitas de Guatemala.

Dentro de la época contemporánea y posterior a la promulgación del Código Penal actual, la necesidad de regular ciertas actividades que son contrarias a la ley ha provocado la promulgación de leyes especiales que protejan diferentes bienes jurídicos tutelados y que, a su vez, sirvan de complemento al Código Penal.

La mayoría de leyes penales especiales que han sido creadas responden a los cambios de la sociedad y la evolución del derecho, ya que al no existir una reforma de fondo al Código Penal, que ha regido desde 1974, muchas de las figuras tipo y sus sanciones resultan insuficientes para controlar lo que sucede en el país.

La segunda, la ley penal de emergencia, responde a un momento específico en el tiempo en el que situaciones externas provocan la suspensión de las garantías Constitucionales y es necesario regular esas situaciones para garantizar el mantenimiento de la paz y el orden dentro del territorio de la república. Estas leyes por lo general son de carácter temporal y rigen únicamente mientras la situación que provocó el estado de excepción no vuelva a la normalidad.

Los estados de excepción de Guatemala están regulados en la Ley de Orden Público, Decreto número 7 de la Asamblea Nacional Constituyente de la República de Guatemala, y regula cinco: prevención, alarma, calamidad pública, estado de sitio y estado de guerra.

Muchos autores critican el concepto de la ley penal de emergencia, ya que indican que la misma se crea con el único objetivo de eliminar a la fuente que es considerada un peligro, rompiendo así la función preventiva de la ley penal.

En Guatemala, la ley penal de emergencia más reciente fueron los Tribunales de Fuero Especial, creados por Efraín Ríos Montt mediante el Decreto ley 46-82 durante el gobierno de facto de 1982.

Los Tribunales de Fuero Especial fueron creados durante un estado de sitio que duró un año y que se fue renovando mes a mes, con la intención de “proteger el orden, la paz y la seguridad públicas” de personas que cometieren delitos que atentaren contra dichos valores. En realidad fueron instituidos para juzgar selectivamente a personas que por estar en contra del gobierno de facto se les acusaba por delitos políticos.

En los juicios llevados a cabo por estos tribunales no se cumplieron con las normas del debido proceso ni se respetaron los derechos de las personas. Los jueces eran anónimos, así como también la localización de los tribunales, lo cual hacía imposible el poder notificar a los tribunales o poder optar a elevar las decisiones a una segunda instancia debido a que no existía un lugar físico en donde poder interponer una apelación o un recurso de exhibición personal.

La ley de los tribunales establecía en su artículo 40 que para los procesos que conocían los tribunales de fuero especial, todos los días y horas eran hábiles, lo que facilitaba la violación del derecho de defensa y el debido proceso de los procesados. Las violaciones a los Derechos Humanos de los acusados eran violentados mediante diferentes formas de tortura, con lo que se buscaba que las personas declararan en contra de sí mismos, lo que también violentaba el principio que establece que ninguna persona está obligada a declarar en su contra.

De acuerdo con los registros que han podido encontrarse, más de 300 personas fueron juzgadas por los Tribunales de Fuero Especial y por lo menos 15 fueron ejecutadas por medio de fusilamiento. De las personas que fueron juzgadas se desconoce que sucedió con ellas.

Los tribunales fueron disueltos en 1984 y se les otorgo indulto a todos los condenados por los mismos.

CAPÍTULO FINAL
PRESENTACIÓN, DISCUSIÓN Y ANÁLISIS DE RESULTADOS

1. PRESENTACIÓN

1.1 Legislación Comparada

En el siguiente cuadro se comparan los elementos de la parte general de los Códigos Penales de Guatemala, México, Argentina y El Salvador. Se escogieron estos países, primero por haber sido dos de ellos parte de la Federación Centroamericana, el argentino por ser parte de América del Sur y el mexicano por ser un código de tipo federal, por ser su división en estados federales.

Se tomaron en cuenta la cantidad de códigos promulgados en cada país, incluyendo los que se encuentran vigentes en cada uno, y los principios que podían ser similares en cada uno.

	GUATEMALA	MÉXICO	ARGENTINA	EL SALVADOR
Cantidad de Códigos Promulgados	5	4	5	5
Definiciones de delito y pena dentro del Código	No	Delito: Sí. Art. 7 Pena: No	No	No
Regulación del Principio de Legalidad	Sí. Art. 1	No	No	Sí. Art. 1
Aplicación de Ley Más Favorable al	Sí. Art. 2	No	Sí. Art. 2	Sí. Art. 14 y 15

Reo				
Relación de Causalidad	Sí. Art. 10	Sí. Art. 8	No	Sí. Art. 18
Causas que eximen la responsabilidad penal	Sí. Título III	Sí. Libro I, Título I, Capítulo IV	Sí. Art.34	Sí. Capítulo II
Agravantes	Sí. Capítulo II	Sí. Capítulo VI	Sí. Título VIII	Sí. Sección Segunda

Los distintos países de Latinoamérica han pasado por procesos de evolución muy similares al de Guatemala, eso aunado a que dichos países en su mayoría aplican el sistema de Derecho Romano y no el sistema del Common Law, hace que nuestras bases legales sean las mismas, aunque nuestras leyes varíen. Por lo mismo ciertos principios y regulaciones son muy parecidos entre estos países, aunque en algunos se encuentren dentro del cuerpo de su respectivo código penal y en otros no.

Tal y como comparamos los Códigos Penales de México, El Salvador, Argentina y Guatemala por sus diferencias y semejanzas en cuanto a principios y definiciones, vale la pena comparar la existencia o no de una legislación penal especial y de emergencia dentro de sus ordenamientos jurídicos.

México: Eduardo López Betancourt expone que *“Si bien, la ley que por antonomasia se encarga de tipificar los delitos es el Código Penal, la producción legislativa en la materia no se ha constreñido a ese ordenamiento, de modo que pueden encontrarse tipos penales en muchas otras leyes distintas del Código. El propio Código Penal Federal estipula en su artículo 6º: “Cuando se cometa un delito no previsto en este Código, pero sí en una ley especial o en un tratado internacional de observancia obligatoria en México, se aplicarán éstos. Así las cosas, en la categoría de “ley penal”, como aquella que tipifica delitos, pueden*

incluirse, además del código punitivo, cualesquiera otras leyes en las que el legislador haya decidido incluir delitos, además de los tratados internacionales. Así lo ha afirmado la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para la cual “no es exacto que la ley penal esté constituida exclusivamente por el código de la materia, sino que al lado del mismo se hallan muchas disposiciones dispersas en diversos ordenamientos y no por ello esas normas pierden su carácter de penales. Dado que el artículo 6º del Código Penal habla de “leyes especiales”, en atención a la definición usual de ese tipo de leyes, se ha pensado que mientras el código constituye un derecho penal general, las otras leyes constituyen un derecho penal especializado, encargado de tipificar delitos particularizados por la índole de las relaciones jurídicas que les sirven de presupuesto, por los bienes que tutelan, los objetos que implican o las cualidades personales de los sujetos que intervienen en ellos...Sin embargo, si se revisa el cuerpo de leyes expedidas por el Congreso de la Unión que tipifican delitos, podrá observarse que no únicamente describen esa clase de delitos especializados, sino también suelen contener tipos autónomos e independientes, sin semejanzas –en cuanto a sus elementos o a los bienes tutelados– con los otros delitos del código.”²²⁴

El Salvador: En la legislación de El Salvador, podemos encontrar en el Código Penal, Decreto número 1030 de la Asamblea Legislativa de la República de El Salvador, la aceptación que no todos los delitos y faltas están tipificados dentro del Código Penal “*PRINCIPIO DE LEGALIDAD Art. 1.- Nadie podrá ser sancionado por una acción u omisión que la ley penal no haya descrito en forma previa, precisa e inequívoca como delito o falta, ni podrá ser sometido a penas o medidas de seguridad que la ley no haya establecido con anterioridad. No podrá configurarse delito o falta, ni imponerse pena o medida de seguridad, por aplicación analógica de la ley penal.*”²²⁵ Al referirse en general a “la ley penal” y

²²⁴ Leyes penales especiales, López Betancourt, Eduardo, 2012, México, <http://www.lajornadaguerrero.com.mx/2012/11/24/index.php?section=opinion&article=002a1soc;> 12/05/2015

²²⁵ Asamblea Legislativa de la República de El Salvador; "Código Penal"; Decreto 1030

no al código mismo, deja la puerta abierta para que otros cuerpos legales puedan regular dicha materia. En cuanto a las leyes de emergencia, tomando en cuenta que la definición de las mismas indica que las mismas son temporales, el Código Penal salvadoreño regula que: *“LEYES TEMPORALES Art. 16.- Los hechos punibles realizados durante la vigencia de una ley destinada a regir de manera temporal, serán sancionados de conformidad con los términos de las mismas.”*²²⁶

Entre algunas de las leyes especiales promulgadas en El Salvador podemos encontrar: el Decreto número 190 - Ley Contra El Crimen Organizado Y Delitos De Realización Compleja; Decreto número 498 - Ley Contra el Lavado de Dinero y Activos; Decreto número 108 – Ley Especial Contra Actos de Terrorismo; Decreto número 153 – Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas; Decreto número 863 – Ley Penal Juvenil; entre otras.

Argentina: Al igual que en el caso de El Salvador, el reconocimiento a que pueda haber otros cuerpos normativos que regulen delitos y sanciones, el Código Penal de la Nación Argentina Ley 11.179, regula en su artículo cuarto: *“Las disposiciones generales del presente código se aplicarán a todos los delitos previstos por leyes especiales, en cuanto éstas no dispusieran lo contrario.”*²²⁷

Entre algunas de las leyes especiales promulgadas en Argentina podemos encontrar: Ley 22.278 Régimen Penal de Menores; Ley 26.052 Delitos Contra la Salud Pública – Estupefacientes; Ley 13.634 Fuero de Familia y Penal Juvenil de La Provincia de Buenos Aires; Ley 14.346 Malos tratos o Actos de Crueldad Contra los Animales; entre otras.

En cuanto a la legislación de otros países de América, podemos encontrar que tanto en México, El Salvador y Argentina, los Códigos Penales de cada país

²²⁶ Asamblea Legislativa de la República de El Salvador; "Código Penal"; Decreto 1030

²²⁷ Código Penal de la Nación Argentina; Ley 11.179

reconoce la existencia de otras leyes que puedan contener regulaciones en materia penal, ampliando así los bienes jurídicos protegidos por la ley penal.

CONCLUSIONES

1. El Derecho Penal dentro de su concepto, las ramas en que se divide y los actos y sujetos que regula, ha sufrido cambios que se adecuaron a la época en la que se dieron, buscando siempre mediante la imposición de penas garantizar la aplicación de justicia y el resarcimiento de los daños causados.
2. El Derecho Penal Indígena como sistema normativo no codificado busca la armonía de la comunidad en la que se aplica y no parte de una presunción de inocencia, de esa cuenta, basado en lo que sus autoridades y la costumbre dicten, al realizarse un juicio por una acción dañina se impone una sanción que busca reparar el daño causado y enseñar a la persona que cometió el acto sancionado como sus efectos dañan a toda la población.
3. Con el descubrimiento y conquista de América la Corona Española debió implementar un sistema jurídico en los nuevos territorios, optando por replicar las mismas instituciones jurídicas que existían en España adecuadas a las necesidades de la población. Utilizando como base las 7 partidas de Alfonso X El Sabio las Reales Audiencias impartieron justicia en América y de allí evolucionaron muchas de las leyes actuales.
4. La codificación penal en Guatemala inició en 1834 y desde entonces se han promulgado cinco códigos penales, los que se fueron acoplando a los cambios en los tiempos y las necesidades de la sociedad, hasta llegar al Código Penal actual, con el que se logró obtener una estructura más técnica facilitando así su aplicación.
5. La situación cambiante de la sociedad guatemalteca ha hecho necesaria la creación de legislación penal especial para proteger determinados bienes jurídicos, así como para prevenir la comisión de delitos que, por la antigüedad del Código Penal no existían al momento de su promulgación.

RECOMENDACIONES

1. Derivado de la evolución del Derecho Penal guatemalteco desde su concepción dentro del Derecho Penal español y su limitación a lo que unos pocos autores han desarrollado en sus obras, se recomienda que a través del programa de actualización docente de la Universidad Rafael Landívar se promueva un programa unificado que profundice en la historia del Derecho, ya que únicamente conociendo la historia podremos comprender la realidad actual de esta rama del Derecho.
2. De lo concluido dentro de la presente investigación en cuanto a la legislación penal, se recomienda que a través de la Comisión de Legislación del Congreso de la República se lleve a cabo una revisión de la legislación penal vigente para determinar si es necesario continuar con la tipificación de nuevos delitos o si es suficiente eficientar los que ya existen, adecuándolos a la realidad actual de la sociedad guatemalteca.
3. Al ser este trabajo de investigación parte del Manual de Derecho Penal, es recomendable realizar la socialización del mismo a través de los programas de apoyo entre universidades que existen, tanto entre las universidades nacionales como las internacionales que forman parte del Sistema de Universidades Jesuitas, facilitando el acceso al mismo a los estudiantes de las diferentes facultades de Ciencias Jurídicas así como también a los estudiantes de la Universidad Rafael Landívar.

LISTADO DE REFERENCIAS

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Amuchategui Requena, Griselda. Derecho Penal, México, Oxford 38. University Press, 2001, segunda edición
2. Aristizábal Arbeláez, Luis Hernando. *Anotaciones sobre Derecho Indiano*. Colombia, Pontificia Universidad Javeriana
3. Bacigalupo Z., Enrique. *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Colombia, Editorial Temis S.A., 1996, Tercera Reimpresión
4. Barrios, Lina. *Tras las huellas del poder local: La Alcaldía Indígena en Guatemala, del siglo XVI al siglo XX*, Guatemala, Universidad Rafael Landívar Instituto de Investigaciones Económicas y Sociales, 2001
5. Cabanellas, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual Tomo VII*. Buenos Aires Argentina Editorial Heliasta. 1997
6. Cobo del Rosal, M. y Vives Antón T.S. *Derecho Penal*, España, Tirant lo Blanch, tercera edición
7. De León Velasco, Héctor Aníbal y de Mata Vela, José Francisco. *Derecho penal guatemalteco*, Guatemala, Editorial Estudiantil Fénix, 2004, décimo quinta edición
8. De León Velasco, Héctor Aníbal y de Mata Vela, José Francisco. *Derecho penal guatemalteco, Guatemala*, Editorial Estudiantil Fénix, 2012, vigésima segunda edición
9. De León Velasco, Héctor Aníbal y otros. *Manual de derecho penal guatemalteco, parte general*. Guatemala, Cooperación Española
10. Defensoría Indígena Wajxaqib' Noj. *Una visión global del Sistema Jurídico Maya*, Guatemala, PNUD, 2003

11. Fontán Balestra, Carlos. *Tratado de Derecho Penal Tomo I*, Argentina, Abeledo-Perrot, 1995, segunda edición
12. Instituto de Investigaciones Económicas y Sociales (IDIES). *El Sistema Jurídico Mam –Una Aproximación-*, Guatemala, Universidad Rafael Landívar, 1999
13. Instituto de Investigaciones Económicas y Sociales (IDIES). *El Sistema Jurídico Mam –Una Aproximación-*, Guatemala, Universidad Rafael Landívar, 1999
14. Instituto de Investigaciones Económicas y Sociales (IDIES). *El Sistema Jurídico Ixil –Una Aproximación-*, Guatemala, Universidad Rafael Landívar, 1999
15. Jiménez de Asúa, Luis. *Tratado de Derecho Penal, Tomo I*, Argentina, Editorial Losada, S.A., 1964, cuarta edición
16. Levaggi, Abelardo. *Historia del derecho penal argentino*. Buenos Aires, Editorial Perrot, 1978
17. Linares, Luis. *Valoraciones sobre pluralismo jurídico y el Sistema Jurídico propio de los pueblos indígenas*, Guatemala, Asociación de Investigación y Estudios Sociales, 2010
18. López de Rosa, Lucas y Rodas Chactún, Mario Augusto. *Derecho Consuetudinario Maya Ch'orti*, Guatemala, Consejo Indígena Maya Ch'orti –COIMCH-, 2004, segunda edición
19. Luján Muñoz, Jorge. *Del derecho colonial al derecho nacional: el caso de Guatemala*, Puerto Rico, XIII Congreso del Instituto Internacional de Historia de Derecho Indiano, 2000

20. Madrigal García, Carmelo y Rodríguez Ponz, Juan Luis. *Derecho Penal Parte General Judicatura*, Madrid, Editorial Carperi, 2004
21. Martínez M., Juan Carlos y otros. *Elementos y técnicas para pluralismo jurídico: Manual para operadores de justicia*, Guatemala, Fundación Konrad Adenauer, primera edición, 2012
22. Maurach, Reinhart. *Derecho Penal, parte general*, Argentina, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1994, séptima edición
23. Mezger, Edmund. *Derecho Penal Parte General*, Argentina, Editorial Bibliográfica Argentina, 1958
24. Núñez, Ricardo C. *Tratado de derecho penal, tomo primero, parte general*, Argentina, Marcos Lerner Editora Córdoba, 1999, cuarta edición
25. Ochoa García, Carlos. *Derecho Consuetudinario y pluralismo jurídico*, Guatemala, primera edición, 2002
26. Par Usen, Mynor. *Módulo de interculturalidad*, Guatemala, INSTITUTO DE LA DEFENSA PÚBLICA PENAL –IDPP– Unidad de Formación y Capacitación –UNIFOCADEP–, primera edición, 2008
27. Pavón Vasconcelos, Francisco. *Manual de derecho penal mexicano*. México, Editorial Porrúa, S.A., 1982, quinta edición
28. Roxin, Claus. *Derecho Penal, Parte General, Tomo I*, España, Civitas, 1997, primera edición
29. Sauer, Guillermo. *Derecho Penal, parte general*. España, BOSCH Casa Editorial, 1956, primera edición

30. Sieder, Rachel y Flores Arenales, Carlos. *Vergüenza: Autoridad, autonomía y derecho indígena en la Guatemala de posguerra*, Guatemala, F&G Editores, 2011, primera edición
31. Soler, Sebastián. *Derecho Penal Argentino I parte general*, Argentina, Tipográfica Editora Argentina, 1987, quinta edición
32. Trejo, Miguel Alberto y otros. *Manual de derecho penal, parte general*. El Salvador, Centro de Investigación y Capacitación, Proyecto de Reforma Judicial, 1992, primera edición
33. Yrigoyen Fajardo, Raquel. *Pautas de coordinación entre el Derecho Indígena y el Derecho Estatal*, Guatemala, Fundación Myrna Mack, 1999, primera edición
34. Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal, parte general* Argentina, EDIAR Sociedad Anónima Editora Comercial, Industrial y Financiera, 1987, primera edición
35. Zavala, Silvio A. *Las instituciones jurídicas en la conquista de América*. México, Editorial Porrúa, 1971, segunda edición
36. Zeceña, Oscar. *Derecho Penal Moderno*, Guatemala, Universidad de San Carlos de Guatemala, 1948

REFERENCIAS NORMATIVAS

Normativa Nacional:

1. Asamblea Nacional Constituyente; "Ley de Orden Público"; Decreto 7
2. Congreso de la República de Guatemala; "Código Penal de Guatemala"; Decreto 17-73

3. Congreso de la República de Guatemala; “Ley Contra La Narcoactividad”; Decreto 48-92
4. Congreso de la República de Guatemala; “Ley Para Prevenir Sancionar Y Erradicar La Violencia Intrafamiliar”; Decreto 97-96
5. Congreso de la República de Guatemala; “Ley Contra El Lavado De Dinero U Otros Activos”; Decreto 67-2001
6. Congreso de la República de Guatemala; “Ley Contra La Delincuencia Organizada”; Decreto 21-2006
7. Congreso de la República de Guatemala; “Ley Contra La Violencia Sexual, Explotación Y Trata De Personas”; Decreto 9-2009
8. Congreso de la República de Guatemala; “Ley De Extinción De Dominio”; Decreto 55-2010
9. Congreso de la República de Guatemala; “Ley Del Régimen Penitenciario”; Decreto 33-2006
10. Congreso de la República de Guatemala; “Ley En Materia De Antejuiicio”; Decreto 85-2002
11. Congreso de la República de Guatemala; “Ley Forestal”; Decreto 101-96
12. Congreso de la República de Guatemala; “Ley De Protección Integral De La Niñez Y Adolescencia (Ley Pina)”; Decreto 27-2003
13. Congreso de la República de Guatemala; “Ley Reguladora Del Procedimiento De Extradición”; Decreto 28-2008

14. Congreso de la República de Guatemala; “Ley Contra El Femicidio Y Otras Formas De Violencia Contra La Mujer”; Decreto 22-2008
15. Congreso de la República de Guatemala; “Ley General De Caza”; Decreto 36-04
16. Congreso de la República de Guatemala; “Ley De Armas Y Municiones”; Decreto 39-89
17. Congreso de la República de Guatemala; “Ley Contra La Narcoactividad”; Decreto 48-92
18. Congreso de la República de Guatemala; “Ley Contra La Defraudación y el Contrabando Aduaneros”; Decreto 58-90
19. Congreso de la República de Guatemala; “Ley General De Pesca Y Acuicultura”; Decreto 80-2002
20. Congreso de la República de Guatemala; “Ley De Protección Y Mejoramiento Del Medio Ambiente”; Decreto 68-86
21. El Presidente de la República en Consejo de Ministros; “Ley de Tribunales de Fuero Especial”; Decreto-Ley 46-82

Normativa Extranjera:

1. “Código Penal de la Nación Argentina”; Ley 11.179
2. “Régimen Penal de Menores”; Ley 22.278
3. “Delitos Contra la Salud Pública – Estupefacientes”; Ley 26.052

4. "Fuero de Familia y Penal Juvenil de La Provincia de Buenos Aires"; Ley 13.634
5. "Malos tratos o Actos de Crueldad Contra los Animales"; Ley 14.346
6. Asamblea Legislativa de la República de El Salvador; "Código Penal"; Decreto 1030
7. Asamblea Legislativa de la República de El Salvador, "Ley Contra El Crimen Organizado Y Delitos De Realización Compleja"; Decreto número 190
8. Asamblea Legislativa de la República de El Salvador; "Ley Contra el Lavado de Dinero y Activos"; Decreto número 498
9. Asamblea Legislativa de la República de El Salvador, "Ley Especial Contra Actos de Terrorismo"; Decreto número 108
10. Asamblea Legislativa de la República de El Salvador, "Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas"; Decreto número 153
11. Asamblea Legislativa de la República de El Salvador; "Ley Penal Juvenil"; Decreto número 863
12. "Código Penal Federal"; Nuevo Código Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de agosto de 1931
13. Acuerdo Sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas

REFERENCIAS ELECTRÓNICAS

1. Derecho de los Pueblos Indígenas, Dra. Teodora Zamudio y Equipo de Investigación, *Derecho Penal Indígena*, Argentina, 2010-2013, Disponible en línea en: <http://indigenas.bioetica.org/mono/inves38.htm> , Fecha de consulta: 20/01/2015
2. Política Criminal, Myrna Villegas Díaz, *SISTEMAS SANCIONATORIOS INDÍGENAS Y DERECHO PENAL. ¿SUBSISTE EL AZ MAPU?*, Chile, 2014, Disponible en línea en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-33992014000100007&script=sci_arttext, Fecha de consulta: 15/04/2015
3. Sistemas Judiciales, Dr. Fco. Javier Jiménez Fortea, *El proceso penal de los Pueblos indígenas de Latinoamérica: Una visión desde Europa*, España, Disponible en línea en: <http://www.sistemasjudiciales.org/content/jud/archivos/notaarchivo/686.pdf>
Fecha de consulta: 15/04/2015
4. Derecho Penal y Pluralidad Cultural, Emiliano Borja Jiménez, *Sobre los ordenamientos sancionadores originarios de Latinoamérica*, Chile, 2006, Disponible en línea en: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2006_09.pdf,
Fecha de consulta: 22/03/2015
5. Ávila Ordoñez, María Paz, *El Derecho Penal Indígena: Entre la diversidad y los Derechos Humanos*, Ecuador, Disponible en línea en: <http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1752&context=auilr>, Fecha de consulta: 15/02/2015
6. IBIS, derechos, educación y desarrollo, *Municipalidad Indígena de Sololá*, Guatemala, Disponible en línea en:

- <http://ibisguatemala.org/contrapartes/municipalidad-indigena-de-solola/> ,
Fecha de consulta: 20/04/2015
7. Instituto de la Defensa Pública Penal, *Guía de peritajes culturales*, Guatemala, Disponible en línea en: http://descargas.idpp.gob.gt/Data_descargas/documentos/INTERIORESG_UIAPERITRAJESCULTURALES.pdf , Fecha de Consulta: 05/05/2015
 8. Mendoza, Carlos, *Guatemala: Más allá de los Acuerdos de Paz*, Estados Unidos, 2001, Disponible en línea en: <http://courseware.url.edu.gt/PROFASR/Docentes/Facultad%20de%20Ciencias%20Pol%C3%ADticas%20y%20Sociales/Gu%C3%ADa%20de%20Estudio%20Semipresencial%20Diagn%C3%B3stico%20y%20Participaci%C3%B3n%20Social%20I/Materiales%20adicionales%20de%20lectura/Guatemala%20m%C3%A1s%20all%C3%A1%20de%20los%20Acuerdos%20de%20Paz.pdf> , Fecha de consulta: 10/05/2015
 9. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *La Situación de los Pueblos Indígenas*, Disponible en línea en: <http://www.cidh.org/countryrep/Guatemala2003sp/capitulo4.htm> , Fecha de Consulta: 10/05/2015
 10. La Expansión Europea Siglos XIV y XV, *Las bulas de donación del Papa Alejandro VI*, Chile, Disponible en línea en: http://www7.uc.cl/sw_educ/historia/expansion/HTML/p2503.html, Fecha de Consulta: 11/05/2015
 11. Historia General, *Las siete partidas, leyes de la Antigua Castilla*, Disponible en línea en: <http://historiageneral.com/2013/01/17/las-siete-partidas-leyes-de-la-antigua-castilla/> , Fecha de Consulta: 11/05/2015

12. Credencial Historia, Mayorga, Fernando, *La administración de Justicia en el período colonial Instituciones e instancias del derecho indiano*, Colombia, 2001, Disponible en Línea en: <http://www.banrepcultural.org/node/32330> , Fecha de Consulta: 11/05/2015
13. Icarito, *Qué son las instituciones coloniales y cuáles fueron?*, Chile, 2009, Disponible en línea en: <http://www.icarito.cl/enciclopedia/articulo/segundo-ciclo-basico/historia-geografia-y-ciencias-sociales/historia-de-chile-colonia/2009/12/405-2322-9-que-son-las-instituciones-coloniales-y-cuales-fueron.shtml>, Fecha de Consulta: 11/05/2015
14. Cuadernos Críticos del Derecho, Piorno Garcell, Marien, *Derecho Penal del Enemigo, solución o caos?*, 2010, Disponible en Línea en: http://www.liberlex.com/archivos/DP_enemicus.pdf; Fecha de Consulta: 12/05/2015
15. La Inquisición fue implantada por la corona de Castilla, Cal Montoya, José, 2014, Guatemala, Disponible en línea en: https://www.cronica.com.gt/portada-cronica/la-inquisicion-fue-implantada-por-la-corona-de-castilla_3b0913, Fecha de consulta: 12/05/2015
16. Leyes penales especiales, López Betancourt, Eduardo, 2012, México, Disponible en línea en: <http://www.lajornadaguerrero.com.mx/2012/11/24/index.php?section=opinion&article=002a1soc>; fecha de consulta: 12/05/2015
17. Archivo Histórico de la Policía Nacional Civil, Segundo Cuerpo de la Policía Nacional: 1975-1985, 2012, Guatemala, Disponible en línea en: http://archivohistoricopn.org/media/informes/2docuerpo_pn.%201975-1985.pdf; fecha de consulta 12/05/2015

OTRAS REFERENCIAS

1. Coy Pop, Edgar Gonzalo, *La Jurisdicción Indígena Penal: Análisis sociojurídico de los linchamientos en Guatemala, caso Alta Verapaz*, Guatemala, 2010, Tesis de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala
2. Del Cid Lam, Erick Eliberto, *Análisis Jurídico Doctrinario de la aplicación del sistema jurídico Maya para la resolución de conflictos en materia penal, conforme a los Acuerdos de Paz después del conflicto armado interno en Guatemala*, Guatemala, 2013, Tesis de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala
3. Larios Ren, Juan Carlos Enrique, *Violación a los principios filosóficos del Derecho Maya por la aplicación de castigos corporales a las personas que han cometido un ilícito en el municipio de Santa Cruz del Quiché del departamento de El Quiché*, Guatemala, 2007, Tesis de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala
4. Morales Ramírez, Elías, *DICOTOMÍA EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO CONSUECUDINARIO Y DERECHO ESTATAL*, Guatemala, 2014, Tesis de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Rafael Landívar
5. Simón Chávez, Diana Marisol, *EL ENCUADRAMIENTO ERRÓNEO DE LA NEGLIGENCIA MÉDICA EN EL DELITO DE LESIONES*, Guatemala, 2012, Tesis de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala

ANEXOS

CUADROS DE COTEJO

1. Diferencias entre la legislación guatemalteca y la Internacional respecto a los elementos de la parte general de los Códigos Penales

Ley/Artículo	PAIS	PAIS	PAIS	PAIS
Cantidad de Códigos Promulgados				
Definiciones de delito y pena dentro del Código				
Regulación del Principio de Legalidad				
Aplicación de Ley Más Favorable al Reo				
Relación de Causalidad				
Causas que eximen la responsabilidad penal				
Agravantes				