

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**



**ASPECTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS DE LA DESCODIFICACIÓN NORMATIVA
DE TIPOS PENALES EN LAS LEYES ESPECIALES Y ORDINARIAS DE LA
LEGISLACIÓN GUATEMALTECA**

CRISTIAN PAOLO CUYÁN SOSA

GUATEMALA, OCTUBRE DE 2013

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**ASPECTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS DE LA DESCODIFICACIÓN NORMATIVA
DE TIPOS PENALES EN LAS LEYES ESPECIALES Y ORDINARIAS DE LA
LEGISLACIÓN GUATEMALTECA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

CRISTIAN PAOLO CUYÁN SOSA

Previo a conferírsele el Grado Académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, octubre de 2013

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO:	Lic.	Avidán Ortiz Orellana
VOCAL I:	Lic.	Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL II:	Licda.	Rosario Gil Pérez
VOCAL III:	Lic.	Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV:	Br.	Víctor Andrés Marroquín Mijangos
VOCAL V:	Br.	Rocael López González
SECRETARIO:	Licda.	Rosario Gil Pérez

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera fase:

Presidente:	Licda.	Floralma Carrillo Cabrera
Vocal:	Licda.	Gloria Isabel Lima
Secretario:	Lic.	Emilio Orozco Piloña

Segunda fase:

Presidente:	Licda.	Valeska Ivonné Ruíz Echeverría
Vocal:	Lic.	Héctor René Granados Figueroa
Secretario:	Lic.	Germán Augusto Gómez Cachin

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).



BUFETE JURÍDICO PROFESIONAL

LIC. ALDO MARTÍN MATÍAS LÓPEZ

Abogado y Notario

20 CALLE 8-22 Zona 1.

Ciudad de Guatemala

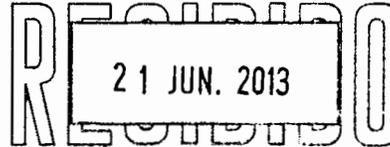
Teléfonos: 50732965 – 43838856 – 22205457



Guatemala, 18 de junio de 2013.

Doctor
Bonerge Amilcar Mejía
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Presente

FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES



UNIDAD DE ASESORIA DE TESIS

Hora: _____

Firma: _____

Respetable Doctor Mejía:

De conformidad con la resolución emitida por la Unidad de Asesoría de Tesis de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, con fecha 13 de mayo de 2013, en la cual se me nombra asesor del estudiante **Cristian Paolo Cuyán sosa** en la tesis intitulada: **“Aspectos positivos y negativos de la descodificación normativa de tipos penales en las leyes especiales y ordinarias de la legislación guatemalteca”**, y al respecto me permito manifestar lo siguiente:

- a) Que el tema propuesto por el estudiante plantea un fenómeno de actualidad, que afecta nuestro ordenamiento jurídico. Y el análisis que se hace dentro de la investigación abarca aspectos: teóricos, jurídicos, y, doctrinarios que fundamentan adecuadamente el desarrollo de los distintos capítulos sobre los que versa la investigación.
- b) Metodología y técnicas de investigación utilizadas: la estructura formal de la tesis fue realizada en una secuencia ideal para un buen entendimiento de la misma, así como la utilización de la metodología concerniente al método jurídico e inductivo. En lo que concierne a las técnicas de investigación el sustentante aplicó la observación y las técnicas de investigación documentales, comprobándose con ello que se hizo uso de la recolección bibliográfica actualizada.
- c) La redacción del contenido de la investigación reúne las condiciones exigidas en cuanto a claridad y precisión, de tal forma que resulta comprensible al lector y a las personas que se interesen sobre el derecho penal y especialmente con el fenómeno de la descodificación normativa.



BUFETE JURÍDICO PROFESIONAL

LIC. ALDO MARTÍN MATÍAS LÓPEZ

Abogado y Notario
20 CALLE 8-22 Zona 1.
Ciudad de Guatemala

Teléfonos: 50732965 – 43838856 - 22205457

- d) El aporte científico que el tema investigado por el sustentante brinda, radica en la propuesta de una recodificación de nuestro código penal incluyendo en este los delitos tipificados en leyes especiales. Así mismo el estudiante propone como base para llevar a cabo dicha recodificación, los principios del derecho penal mínimo, y finaliza exponiendo los beneficios de una reserva del código penal para proteger los alcances de la recodificación.
- e) Que las conclusiones y recomendaciones son acertadas, oportunas, y, al mismo tiempo reflejan el conocimiento del tema investigado. Y que de ser puestas en práctica dichas consideraciones, pueden derivar aspectos positivos que contribuyan a la recodificación normativa que propone el sustentante en su investigación.
- f) Que las fuentes bibliográficas consultadas son suficientes y adecuadas para el tema desarrollado; a su vez, se incluyó dentro de la exposición, autores nacionales e internacionales. Cabe destacar que la bibliografía utilizada funciona acorde y exacta para cada uno de los temas desarrollados en el trabajo de investigación.

Por todo lo anterior, el suscrito asesor considera que en el trabajo de tesis relacionado, se cumplió con lo estipulado en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público. Así como también declaro expresamente que no soy pariente del estudiante dentro de ninguno de los grados de ley, y por lo que habiéndose llenado los requisitos reglamentarios y administrativos correspondientes en el trabajo de investigación analizado, emito DICTAMEN FAVORABLE, aprobando el trabajo del estudiante **Cristian Paolo Cuyán Sosa** en la tesis intitulada: "**Aspectos positivos y negativos de la descodificación normativa de tipos penales en las leyes especiales y ordinarias de la legislación guatemalteca**", para que se siga con el trámite respectivo y sea discutido en el examen público de tesis.

Sin otro particular, me suscribo como su atento y seguro servidor.

Atentamente.



LIC. ALDO MARTÍN MATÍAS LÓPEZ
Abogado y Notario
Colegiado No. 10056

*Lic. Aldo Martín Matías López
Abogado y Notario*



USAC

TRICENTENARIA

Universidad de San Carlos de Guatemala
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

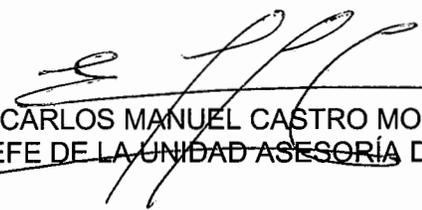
Edificio S-7 Ciudad Universitaria
Guatemala, Guatemala



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.
Guatemala, 09 de julio de 2013.

Atentamente, pase al LICENCIADO ESTUARDO CASTELLANOS VENEGAS, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del estudiante CRISTIAN PAOLO CUYÁN SOSA, intitulado: "ASPECTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS DE LA DESCODIFICACIÓN NORMATIVA DE TIPOS PENALES EN LAS LEYES ESPECIALES Y ORDINARIAS DE LA LEGISLACIÓN GUATEMALTECA".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título del trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente deberá cumplir con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual establece: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".


LIC. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
SUB-JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS

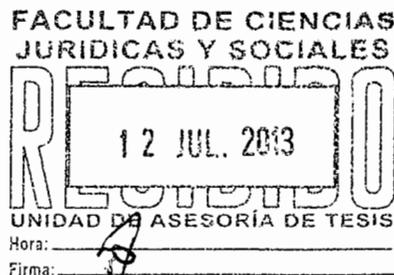
cc.Unidad de Tesis
CMCM/iyr.





Guatemala 12 de julio de 2013

Doctor
Bonerge Amilcar Mejía Orellana
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala



Respetable Doctor Mejía:

Me dirijo a usted cordialmente, para hacer de su conocimiento que en mi función de revisor de tesis del estudiante **Cristian Paolo Cuyán Sosa**, del trabajo de tesis intitulado **“Aspectos positivos y negativos de la descodificación normativa de tipos penales en las leyes especiales y ordinarias de la legislación guatemalteca”**, y de conformidad con lo que se establece en el artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura de la facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, manifiesto lo siguiente:

- A) En atención al contenido científico y técnico del trabajo de tesis relacionado, me permito indicar que la investigación del estudiante, posee caracteres importantes de orden científico, teniendo como objetivo principal. el estudio, análisis, y desarrollo del fenómeno de la descodificación de tipos penales que actualmente ocurre en nuestra legislación. Para lo cual el trabajo de tesis en cuestión, evidencia el fenómeno, tratándolo desde diferentes enfoques, incluyendo una amplia regulación legal que expone un buen nivel técnico.
- B) De la metodología y técnicas empleados, es pertinente señalar que para la elaboración del trabajo de investigación en cuestión, se empleo el método analítico y el método deductivo. El método analítico sirvió al estudiante para analizar los aspectos relativos a los fenómenos de la codificación y descodificación; y el método deductivo permitió al estudiante desarrollar sus conclusiones a través de las premisas obtenidas. En lo que concierne a las técnicas de investigación el sustentante aplicó las técnicas de investigación documentales como se puede observar en la amplia bibliografía documentada.



- C) Asimismo en lo referente a la redacción del trabajo de investigación estimo y confirmo que el estudiante a lo largo de toda la tesis observo y cumplió con las reglas gramaticales, de ortografía y semántica, de una forma adecuada.
- D) En cuanto a la contribución científica del trabajo de investigación, es oportuno señalar que el estudiante a lo largo de su compilación enfoca con propiedad y adecuada validez, criterios objetivos y certeros relacionados con el tema de la descodificación de tipos penales y también provee potenciales soluciones a dicho fenómeno jurídico.
- E) En atención a las conclusiones y recomendaciones, puedo afirmar que hay congruencia entre las mismas y se formulan recomendaciones certeras con los hallazgos obtenidos en la investigación efectuada por el estudiante, con lo cual la investigación en cuestión resulta un buen aporte para los estudiosos del derecho.
- F) En relación a la bibliografía empleada en el trabajo de investigación, puedo indicar que el estudiante utilizo una amplia gama de autores nacionales e internacionales lo cual le permitió recopilar información muy acertada, que concluyó en el desarrollo adecuado de la investigación.

Por lo anteriormente expuesto, y haciendo constar expresamente que no soy pariente del estudiante dentro de ninguno de los grados de ley y en virtud de haberse cumplido con los requisitos legales establecidos, con base al contenido del Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, **APRUEBO** el trabajo de tesis intitulado: **"Aspectos positivos y negativos de la descodificación normativa de tipos penales en las leyes especiales y ordinarias de la legislación guatemalteca"**, del estudiante **Cristian Paolo Cuyán Sosa**, extendiendo para ello el presente DICTAMEN FAVORABLE, en mi calidad de revisor.

Atentamente,

Lic. Estuardo Castellanos Venegas
ABOGADO Y NOTARIO

Lic. Estuardo Castellanos Venegas

Abogado y Notario

Colegiado. 7706



USAC
TRICENTENARIA
 Universidad de San Carlos de Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 23 de agosto de 2013.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante CRISTIAN PAOLO CUYÁN SOSA, titulado ASPECTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS DE LA DESCODIFICACIÓN NORMATIVA DE TIPOS PENALES EN LAS LEYES ESPECIALES Y ORDINARIAS DE LA LEGISLACIÓN GUATEMALTECA. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

BAMO/sllh.

Lic. Avidán Ortiz Orellana
DECANO



Rosario





DEDICATORIA

- A DIOS MI PADRE:** Quien nunca me abandona y día con día me da la fuerza necesaria para luchar y perseguir mis sueños.
- A MI MADRE:** A quien no tengo las suficientes palabras para agradecerle todo su apoyo y comprensión a lo largo de toda mi vida y quien me incentiva y ha enseñado los más preciosos valores en la vida de un ser humano.
- A MIS SOBRINAS:** Que forman parte de mi inspiración y me incentivan a dar lo mejor de mí.
- A MI GRUPO DE LA U:** Marlen, David y Rut a quienes considero parte de mi familia y quienes estuvieron luchando junto conmigo a lo largo de la carrera.
- A:** Dos personas especiales, Nancy Dardon y Ana Lucia Car; a quienes también considero parte de mi familia y que fueron de gran apoyo y de bendición en los últimos dos años de mi vida.
- A:** Todas aquellas personas que a lo largo del camino y principalmente en los últimos dos años me tendieron la mano cuando el panorama no era muy alentador, se les aprecia y se les agradece.
- A;** Mis padrinos a quienes les tengo aprecio, admiración, y les agradezco ser parte de este momento tan valioso en mi vida profesional.



A:

La Universidad de San Carlos de Guatemala y a la gloriosa Facultad de Ciencias Jurídicas que me albergaron en sus aulas me proveyeron de conocimiento y me instan a ser un buen profesional.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción	i
CAPÍTULO I	
1 Reseña histórica del derecho penal guatemalteco y antecedentes	1
1.1 Derecho maya.....	1
1.2 Época Pre colonial.....	2
1.3 Época Colonial.....	3
1.4 Independencia y época pos independencia.....	7
1.5 Dictaduras.....	10
1.6 Constitución de 1965	13
1.7 Lucha armada	15
1.8 Golpe de estado.....	17
1.9 Antecedentes de la ley penal en Guatemala	17
1.9.1 Características del actual Código penal.....	19
CAPÍTULO II	
2. La codificación normativa.....	25
2.1 Definición	25
2.2 Código.....	25
2.3 Recopilación	26
2.4 Causas para la codificación	26
2.5 Ventajas y desventajas	26



Pág.

2.6	Teoría negativa	27
2.7	Teoría positiva	28
2.8	Teoría mixta	29
2.9	La técnica de los códigos.....	30
2.10	Materias que deber abarcar un código.....	30
2.11	Plan de los códigos.....	30
2.12	Lenguaje de los códigos	31
2.13	Antecedentes de la codificación	31
2.14	El derecho Justiniano como antecedente de la codificación	31
2.15	El corpus iuris civilis como antecedente de la codificación	32
2.16	La codificación en Europa.....	33
2.17	La codificación del derecho español como antecedente.....	39
2.18	La descodificación	42
2.18.1	Orígenes y causas	43
2.18.2	Algunas causas de la descodificación normativa.....	44
2.18.3	La obra de Natalino Irti como antecedente	46
2.18.4	Dos posturas frente a la descodificación.....	47
2.18.5	Efectos de la descodificación penal	51
2.18.6	Alcances de la descodificación	53



3.6	Algunas leyes penales especiales en Guatemala	68
3.7	Ley de Armas y Municiones	69
3.7.1	Objeto de la ley	69
3.7.2	Aspectos más importantes del Decreto 15-2009.....	69
3.7.3	Tipos penales descodificados dentro del Decreto 15-2009.....	72
3.8	Ley Contra la Narcoactividad	73
3.8.1	Objeto de la ley	72
3.8.2	Aspectos más importantes del Decreto 48-92	73
3.8.3	Tipos penales descodificados dentro del Decreto 48-92.....	75
3.9	Ley Contra el Lavado de Dinero y Otros Activos	75
3.9.1	Objeto de la ley	76
3.9.2	Aspectos más importantes del Decreto 67-2001.....	76
3.9.3	Tipos penales descodificados dentro del Decreto 67-2001.....	77
3.10	Ley Contra la Defraudación y el Contrabando Aduanero.....	78
3.10.1	Objeto de la ley	78
3.10.2	Aspectos más importantes del Decreto 58-90.....	78
3.10.3	Tipos penales descodificados dentro del Decreto 58-90.....	79
3.11	Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar	80
3.11.1	Objeto de la ley	80
3.11.2	Aspectos más importantes del Decreto 97-96.....	80



CAPÍTULO III

3.	La ley penal	57
3.1	Definición	57
3.2	Características de la ley penal	58
3.2.1	Generalidad, obligatoriedad e igualdad.....	58
3.2.2	Exclusividad de la ley penal	59
3.2.3	Permanencia e ineludibilidad de la ley penal	60
3.2.3	Imperatividad de la ley penal.....	60
3.2.4	La ley penal es sancionadora.....	60
3.3	Forma y especies de la ley penal.....	61
3.3.1	Forma de la ley penal.....	61
3.3.2	Ley penal formal.....	61
3.3.3	Ley penal material.....	61
3.4	Especies de la ley penal	61
3.4.1	Leyes penales especiales	62
3.4.2	Convenios internacionales	62
3.4.3	Los decretos leyes	62
3.5	Nociones de la ley penal especial.....	62
3.5.1	Clasificación de las leyes especiales	65
3.5.2	Relación del derecho penal con otras ramas del derecho	67



3.11.3	Tipos penales descodificados dentro del Decreto 97-96.....	82
3.12	Ley Contra la Delincuencia Organizada.....	83
3.12.1	Objeto de la ley	83
3.12.2	Aspectos más importantes del Decreto 21-2006.....	83
3.12.3	Tipos penales descodificados dentro del Decreto 21-2006.....	85

CAPÍTULO IV

4.	La recodificación del Código Penal como una alternativa	87
4.1	La reserva del Código Penal como mecanismo.....	93
4.2	Consideraciones sobre el bien jurídico tutelado.....	99
4.3	Bienes jurídicos tutelados objeto de recodificación.....	102
4.4	El principio de intervención mínima como base de la recodificación	108
CONCLUSIONES		115
RECOMENDACIONES		117
BIBLIOGRAFÍA		119



INTRODUCCIÓN

Durante las últimas décadas la legislación penal guatemalteca ha sufrido muchos cambios. La forma de legislar y de crear leyes no ha sido inmune al devenir de nuestra sociedad y a la celeridad con que esta desenvuelve. Diferentes corrientes y escuelas han influenciado el derecho penal guatemalteco, dejando una marca a su paso; aportando y contribuyendo con la evolución de esta materia.

Uno de los fenómenos que ha influenciado las diferentes legislaciones latinoamericanas en los últimos años, es el de la descodificación de tipos penales, y es el abuso de esta técnica legislativo jurídica, la vertiente que inspira el presente trabajo de investigación. Pues si bien es cierto que uno de los fines del Estado es el de tratar de propiciar una cordial conveniencia entre habitantes; este ideal se ha adulterado en las últimas décadas, degenerándose en una excesiva creación de tipos penales que atentan contra el principio de intervención mínima que inspira al derecho penal.

Este trabajo de investigación tiene como objetivo primordial proponer como una alternativa viable al caos ocasionado por la descodificación de tipos penales, una reestructuración o recodificación del Código Penal, en la cual se incluyan los innumerables delitos que se encuentran en las leyes especiales. Al mismo tiempo este trabajo de investigación también tiene como objetivo proponer algunos mecanismos que puedan asegurar la permanencia de una recodificación penal dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco.

La hipótesis que se plantea en esta investigación, indica que la excesiva descodificación de tipos penales en leyes especiales de la legislación guatemalteca, es una mala técnica legislativa, que fomenta la creación de leyes que adolecen de errores de fondo y de forma; por lo que es necesario una recodificación del Código Penal, la cual debe incluir los tipos penales regulados en ley especial, y basar dicha reestructuración del código, atendiendo la importancia del bien jurídico tutelado en base al principio de intervención mínima del derecho penal.



Este trabajo de investigación consta de cuatro capítulos: El primero de ellos hace referencia a las diferentes codificaciones que ha tenido el ordenamiento penal a lo largo de la historia; el segundo capítulo define los conceptos de codificación y descodificación así como desarrolla los antecedentes, aspectos positivos y negativos de ambos fenómenos jurídicos; el tercer capítulo desarrolla el concepto de la ley penal y aspectos relacionados, hasta llegar a la ley penal especial, y una recopilación de las principales leyes especiales que contienen tipos penales en Guatemala; y por último el cuarto capítulo, estudia la propuesta de una recodificación normativa de los delitos tipificados en leyes especiales.

Para llevar a cabo este trabajo de investigación, se utilizaron dos métodos, siendo el jurídico, el que permitió analizar la legislación existente, y el inductivo, con el cual se analizaron las propiedades particulares de cada tema, para obtener una visión amplia y generalizada. Se utilizaron también las técnicas de investigación documental y la bibliográfica, que permitieron efectuar una investigación profunda.

Es indudable que el fenómeno de la codificación y la descodificación son temas bastante amplios; y discernir cual de las dos técnicas es la más conveniente, requiere analizar casos muy concretos. Sin embargo, con este trabajo de investigación, pretendo contribuir en cuanto al estudio del fenómeno de la descodificación y sus efectos en el ordenamiento jurídico de Guatemala, por lo que se deja la inquietud en el lector y estudiosos del derecho penal, para que continúen acrecentando sus conocimientos acerca del tema y consulten temáticas similares para formarse una opinión al respecto.



CAPÍTULO I

1. Reseña histórica del derecho penal guatemalteco y antecedentes del código

1.1 Derecho maya

“Los mayas, cultura organizada en las clases sociales de: 1. Halach Winic que era un cargo hereditario correspondiente a los caciques territoriales, 2. Los sacerdotes quienes monopolizaban la cultura dominando el bajo pueblo con sus prácticas esotéricas y en el último escalón social, 3. Los esclavos que ocupaban la serie montañosa de Antigua Guatemala y Chimaltenango, la cuenca interior de Peten en donde se cree que se cristalizó la cultura maya. Los mayas tuvieron tres etapas: la etapa pre maya I -3000-1000 A.C.-, la etapa pre maya II – 1000-353 A.C.- y la etapa pre maya III – 353 A.C. – 317 D.C.”.¹

Durante la existencia de la cultura maya existía una especie de derecho consuetudinario que regía las costumbres de esta civilización, y todo funcionada acorde a las necesidades de aquel entonces, este era un pueblo que no conocía de grandes avances y que simplemente acogía sus conductas de acuerdo a las normas y reglas mismas que en ese entonces conforman el derecho maya.

Ellos mantenían sus propias formas de comercio, sus transacciones de ámbito internacional, Relaciones comerciales a la larga distancia, reglas de conducta, sus propios castigos a infractores y su actividad principal era la agricultura; todas estas conductas constituían una serie de relaciones jurídicas y por lo tanto formaban parte del Derecho Consuetudinario.

¹ Claudia Esther Barrientos Rendón. **Crear un nuevo código penal en Guatemala.** Pág. 1

Por lo que se consideraba un pueblo tranquilo trabajador y defensor de sus tradiciones y creencias, prueba de ello es que en la actualidad la herencia del pueblo maya representa unos dos millones de la totalidad de habitantes del país y aun luchan arduamente por sus costumbres y por defender sus tradiciones que ha sobrevivido a través de los años.

Según la defensoría maya, el derecho penal de los antepasados de este país tenían varios principios muy parecidos al derecho penal moderno, entre los cuales encontramos: la oralidad, la gratuidad, era preventivo, consensual, reparador, y, conciliatorio.

Varios de estos principios son similares al sistema procesal penal guatemalteco actual, incluso aplicables al derecho civil, y en este orden de ideas no suena equivoco mencionar que otras ramas del derecho podrían poner en práctica dichos principios legales que han mostrado su efectividad y duración a través de los años.

1.2 Época Pre colonial

“Esta época está compuesta no más que con el derecho indígena, que es básicamente la costumbre, la cual coincide con el iusnaturalismo clásico al considerar que el orden social proviene de la divinidad que es ordenadora del caos, y la cual brinda mantenimiento a la sociedad que está en constante cambio”.²

En esta época, esta sociedad ya contaba con sus propios códigos normativos, muchos no escritos como códigos, sino como manuscritos pero eran sus formas de ordenar la vida social en sus diferentes ámbitos, atendiendo las normas de conducta.

² Héctor Aníbal de León Velasco. *Manual del derecho penal guatemalteco*, Pág. 69.



Para esta sociedad el comportamiento agresor tenía pronta solución y los delitos cometidos en dicha época eran vistos como problemas menores y muchas veces se solucionaban con el perdón del ofendido.

Se daba un fenómeno peculiar en esta época que era el principio de resolución en las comunidades indígenas es a través del acuerdo entre gentes, sin intervención de la autoridad que debía intervenir según el caso en estos casos los ancianos que como se dijo eran la autoridad y quienes en ese momento histórico ejercían autoridad y prohibían ciertas conductas.

Se da también como primera instancia para resolver conflictos el diálogo entre las partes, luego la fase conciliatoria si fallare la primera, y si esta también fallare se convocaba a la comunidad o líderes para que todos den su punto de vista escuchando a las partes y, se llega a la fase conciliatoria, pero aun con conciliación se debían imponer las sanciones correspondientes.

1.3 Época Colonial

Esta época nace cuando la corona de castilla entro a conquistar a los indios y los soberanos dictaron multitud de normas, las cuales llegaron a conformar el derecho de indias.

Según Carlos Daniel Figueroa en su libro de estudios sociales, las leyes de indias que entraron en vigencia en Guatemala con la conquista; establecían que el indígena podía conservar sus costumbres entre algunas de las que podemos mencionar: que no fueran en contra de la religión cristiana, al indígena se le debía de tratar como un hombre libre, no debía prestar servicio militar, ni pagar diezmos.



La ley de indias ya incluía aspectos de índole penal como por ejemplo: sí en algún momento un indio fuese encarcelado debía de tener un abogado encargado de defenderlo, sin cobrarle y manifiesta el autor que el gran problema de estas leyes fue que los españoles las aceptaron pero no las cumplieron.

Como se logra observar el derecho penal tiene sus orígenes desde tiempos muy antiguos también en Guatemala. En estas leyes vemos el claro ejemplo del derecho de defensa y que se tutela la libertad del ser humano.

Las dos leyes más importantes en esta época eran las siete partidas y la nueva recopilación.

“Las siete partidas: fueron llamadas también fuero de las leyes pero se les dio como nombre definitivo las siete partidas, estas fueron iniciadas en 1256 por encargo del rey de Castilla Alfonso X más conocido como el sabio y entro en vigor en 1348 durante el reinado de Alfonso XI, esta obra estaba inspirada en las leyes decretales, en el derecho castellano antiguo y sobre todo en el derecho romano que como sabemos inspira muchos ordenamientos jurídicos”.³

Esta abarcaba el derecho penal y el procedimiento penal en su partida séptima, según los autores del manual del derecho penal guatemalteco, Mayorga Morales en su tesis indica que esta partida mejora infinitamente la jurisprudencia criminal de los cuadernos municipales de castilla, por su bello método y estilo, por la regularidad de los procedimientos judiciales, clasificación de los delitos o calidad de las penas, aspectos que funcionaban de modo más humanitario para los indios.

³ Héctor Aníbal de León Velasco. **Manual del derecho penal guatemalteco**, Pág. 72.

La Nueva recopilación fue iniciada por varios juristas por orden de Carlos V, en 1562 el licenciado Atienza lo terminó y revisó y fue remitido el documentos al consejo de castilla y el 14 de marzo de 1567 fue promulgado finalmente, disponiéndose que todas las leyes que quedaran fuera de esta nueva recopilación quedaran sin vigor, estuvo vigente hasta el año de 1805 integrada por 214 títulos y se llama la nueva recopilación porque anteriormente regla el ordenamiento de Montalvo y se conoce también esta recopilación como recopilación de castilla.

Para la aplicación en materia penal de la nueva recopilación puede destacarse:

- El juez al aplicar las penas debía hacerlo de acuerdo a las circunstancias que hubieran rodeado el acto delictivo, es decir se aplicaba el sistema inquisitivo. El que era el sistema que rigió en Guatemala hasta 1992.
- La edad mínima para aplicar penas penales era para los mayores de 17 años, lo cual es bastante similar a lo que regula el Decreto 27-2003 que rige lo relativo a menores y su propio código de la niñez.
- Las penas constituían castigos corporales o dinerarios, existía la pena de muerte pero esta necesidad debía probarse estrictamente con pruebas claras que no dejaran margen de duda en cuanto a la culpabilidad.
- En caso el condenado escapara del lugar de destierro y fuera recapturado, el juez debía doblarle la condena y en caso la condena hubiera sido cadena perpetua se condenaba a muerte. Esta disposición tiene cierta similitud con la figura actual de la evasión.
- La pena de destierro era aplicada únicamente por delitos políticos. Aspecto que aún existe en la legislación penal, ahora conocido como expulsión de extranjeros.



En la época colonial el poder soberano estaba centralizado en el rey quien delegaba su facultad judicial a los jueces, esta figura era llamada jurisdicción suprema. Asimismo había jurisdicción absoluta que era la que concedía el monarca a un súbdito para el conocimiento y decisión de cualesquiera especies causas civiles y criminales, era facultad del rey designar a los jueces, pero este estaba sujeto a lo dispuesto por las partidas reales que imponían los requisitos que el juez debía llenar.

En la época colonial la administración de justicia se estructuraba por la reales audiencias de las indias que en total fueron 12 y cancillerías reales, en Guatemala existía la audiencia y cancillería de Santiago de Guatemala que tenía función de carácter jurisdiccional, gubernativo y administrativo, a los ministros se les denominaba alcaldes de crimen por conocer asuntos penales, los fiscales eran letrados encargados de la defensa de los asuntos de interés público como los penales.

Se puede observar como la historia entonces resalta los caracteres del derecho penal desde hace muchos años y enseña cómo ha prevalecido este ajustándose a la sociedad, por lo tanto el derecho penal anterior ha dejado rastros pero ha cambiado según cada necesidad y avance de la sociedad y es de distinta aplicación según cada etapa de la sociedad.

Nace de los postulados anteriores la inquietud de crear un nuevo Código Penal que se ajuste a la sociedad actual como se ha hecho época con época. Pero no se trata únicamente de una compilación de delitos; sino de un código que de pauta a un ordenamiento jurídico penal progresista con el cual el Estado no descuide, ni menoscabe la importancia del bien jurídico.



1.4 Independencia y época post independencia

En el informe del último ministro tesorero de las reales cajas, conservado en el archivo general de indias de Sevilla, publicado en los anales de la sociedad geográfica e historia publicado en 1935 dio a conocer lo siguiente: “la población del reino de Guatemala ascendía a un escaso millón de habitantes que de ellos se contaban seiscientos mil indios, trescientos mil mulatos, negros y castas; y de cuarenta y cincuenta mil blancos o españoles criollos.

Siendo muy corto el numero de los europeos, que formaban una sola clase con los del país, que los indios no habían entrado activamente en la revolución sino que se habían dejado llevar por su simplicidad a donde y como querían los gobernantes; pero toda esa casta en general era muy adicta a los europeos y había tenido conservada fidelidad conocida como amor al rey su señor y que la de los mulatos se dividía entre los que formaban la parte común del pueblo, que era la más numerosa y los que por la mejora de fortuna componían otra media, en la que se contaban bastantes personas eclesiásticas, médicos, abogados, maestros, artistas propietarios, agricultores y tratantes.

“Los de la primera parte no habían sido revoltosos pero como generalmente eran pobres sin principios, se habían unido con facilidad a los que eran llevados de la esperanza de aliviar su suerte; más los de segunda siempre fueron del partido de la independencia, pero el anhelo y el deseo de llegar e igualarse y poder participar de los honores y distinciones que disfrutaban los criollos o españoles americanos”.⁴

⁴ Villacorta, Antonio. *Historia de Guatemala 1821-1921*. Pág. 7.



Estos últimos eran en verdad, patriarcas de la rebelión y lo siguieron siendo, auxiliados por los de la clase media, con quienes habían contado para sus planes y proyectos a pesar de la mutua aversión que se tenían, así por temor a su mayor número y conexiones, como para aumentar con ellos la fuerza y poder oponerse con más seguridad y ventaja a los europeos de quienes eran enemigos, por la fortuna que solían hacer, por la superioridad que se observaba en su mejor disposición, actividad y virtudes y porque comúnmente se enlazaban con las hijas del país que los preferían muchas veces por conveniencia.

De los intereses económicos confrontados, del odio y de los celos que nacían, existía a la par un verdadero movimiento político republicano regido por destacados patriotas ilustrados entre los que se pueden mencionar: Pedro Molina, los hermanos Juan y Francisco Barrundia, Valley y muchos otros, quienes fueron formados por maestros como Antonio Liendo y Goicochea y en el que algunos periódicos así como la sociedad “Amigos del país, evidencia, verdaderos ideales que no pueden dejar de conservarse, de todo esta nace el deseo de la independencia de los americanos, con el fin de deshacerse de un gobierno que les suscitaba aquellos competidores suponiéndoles además preferidos por el mismo gobierno para la provisión de los empleos del mando, por desconfianza a su fidelidad.

En el libro de donde se extrae el anterior informe y que también incluye datos acertados de la antigua capitanía general de Guatemala se lee que: “la clase triunfante de los criollos, seguida o ayudada por los componentes del segundo grupo de mestizos, partidarios de la independencia se encontraron un 16 de septiembre, perplejos y desorientados ante el hecho de la emancipación de la colonia.



En 1812 bajo el título de constitución, traza el doctor José María Peinado; la forma de gobierno, la ley fundamental, constitucional en que el soberano tendrá la facultad ejecutiva y la nación la legislativa y aunque supremo jefe de justicia el rey no podía juzgar por sí mismo sin por medio de magistrados que lo harán con arreglo a las leyes y no podían ser removidos si no es por sentencia pronunciada en juicio a que dieran merito. Vemos que marcado está ya en esta época el derecho constitucional y el derecho a juicio muestran los comienzos rústicos del juicio en Guatemala, como también existen ya los magistrados y sobre todo como se maneja desde 1812 el termino sentencia, que como sabemos esta puede ser dictada después de un procedimiento y que ahora por su puesto en estos tiempos debe ser acorde a la sana crítica razonada y demás principios que la rigen, lo importante aquí es el surgimiento de una constitución, y de un derecho penal y un derecho procesal penal.

El poder legislativo se formaría de representantes de todos los reinos españoles de Europa, América y Asia, uno por cada reino, electos por sus municipios y se llamaría supremo consejo nacional y nada podía hacer el rey sin su consulta, en esos tiempos ya como el congreso de la republica y como ya no es monarquía el rey seria el presidente de la republica - el rey tendría el derecho al veto dentro de treinta días de aprobada una ley por ese consejo; pero tendría obligación de sancionarla si el cuerpo la ratificaba. Ahora bien estos conceptos de constitución española de 1812 comprendían diez títulos, dentro de los cuales en el título V contemplaba lo relativo a tribunales y administración de justicia en lo civil y en lo criminal.

Dejando esto claramente establecido que para ese tiempo, para esa época y para esa forma de vida tenían un enjuiciamiento criminal adecuado a sus necesidades.



1.5 Dictaduras

El autor Cesar Barrientos cita: “Los movimientos libertarios en la época post colonial por lo general mantienen las leyes coloniales o fracasan en el intento innovador. A pesar de declarar la clásica división de poderes, el judicial nace sometido, lo que explica que en algunos lugares sea denominado originalmente departamento de justicia y negocios eclesiásticos y asuma el mismo esquema jerárquico de la organización judicial de la colonia”.⁵

Según los historiadores ocho grupos eran los confrontados durante la emancipación política entre los cuales están los moderados, los fiebres, los monarquistas, los republicanos, los separatistas, los unionistas, los federales y los unitarios.

De tal manera que si analizamos una dictadura desde su mera definición jurídica basándonos en el dicho duración de un ejercicio absoluto del poder. – Guillermo Cabanellas– en los estados modernos gobierno, unipersonal casi siempre, que invocando el patriotismo o el interés público, para encubrir el personal, ejerce inconstitucionalmente el poder, acumulando funciones ejecutivas, legislativas y judiciales.

Una dictadura se caracteriza por la falta de límites en el ejercicio de las facultades y la ausencia de responsabilidad por el intento de tomar vitalicia la dictadura. Regularmente estas dictaduras se ejercen en una declaración postergada de un estado de sitio o de guerra, para mantener el control social de la población. Para restablecer el orden publico gravemente perturbado o comprometido.

⁵ Barrientos Pellecer, Cesar. **Poder Judicial y estado de derecho**. Pág. 22.



“Las dictaduras que provienen de los hombres son en lo mas de los casos, las fraguadas por golpes de estado militares, que se perpetúan con el pretexto del bien público”.⁶

En Guatemala podemos mencionar gobiernos de dictadores, entre los primeros, la dictadura del militar Rafael Carrera quien dura 36 años en el poder, 18 años como presidente y 18 más como jefe supremo. Este presidente asume el cargo por un golpe de Estado que derroco del poder a Mariano Gálvez en 1838, colocando en el poder a Rivera Paz, fue presidente este, los años que comprenden 1844-1848 y 1851-1865, quien en 1847 proclamó la República de Guatemala y nombrado como jefe supremo perpetuo. Rafael Carrera dominó la política guatemalteca junto con la aristocracia criolla, apoyado en una población campesina arrendataria dedicada a la explotación del nopal y la cochinilla. En 1847 fue proclamada la República de Guatemala.

Justo Rufino Barrios fue presidente de Guatemala por 12 años y llegó al poder con la Revolución Liberal de 1871, después otro dictador que gobernó Guatemala fue Manuel Estrada Cabrera quien gobernó 22 años.

Posteriormente tenemos a Jorge Ubico que fue apoyado por la compañía bananera y su gobierno, periodo que es una clara dictadura por los rasgos y pincelazos que hoy nos deja la historia de su gobierno. Pero en 1944 fue derrocado del poder dictatorial por un movimiento popular trayendo consigo un periodo de reforma social de signo populista iniciada por Juan José Arévalo 1944-1950 de quien en adelante y por algunos años se vivió en Guatemala un periodo de presidentes demócratas.

⁶ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario Jurídico Elemental**. 9ª ed. Pág. 320

En 1954 después de haberse disfrutado en el país de un buen periodo, en el que impero el estado de derecho, la democracia y algunos cambios socialistas que propiciaron cambios positivos en la sociedad guatemalteca. Se inicia otro ciclo de dictaduras de pero en este caso se paso del régimen civil a las dictaduras militares pues estas duraron del año indicado a 1966 y la situación se postergo hasta 1976. Ya en los años sesentas y setentas, después de muchos años de represión, se empezaba a configurar una oposición a estas dictaduras, grupo que fue conocido como: La Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca que tomó el poder bajo el mando de Julio Cesar Méndez Montenegro, posteriormente, la historia sufre lo que sin saber que sería una experiencia devastadora, por el golpe de estado del general Efraín Ríos Montt, 1982-1983.

En 1983 el general Oscar Mejía Victores da un golpe de estado durando en el poder tres años, en los cuales se inicia el verdadero camino hacia la democratización que actualmente goza el país. En lo que se refiere a los siguientes años de la época de los ochenta le siguen gobiernos que si bien es cierto no podemos decir que cumplían con sus funciones y no es el tema central de este trabajo pero por lo menos con la democracia cristiana de Vinicio Cerezo se pone fin a los gobiernos que fueron dictatoriales y dejaron marcada la historia y por supuesto que influyen en las legislaciones guatemaltecas y por supuesto en el derecho penal, ya que es de considerar el Código Penal que actualmente nos rige, fue decretado en 1973 bajo el gobierno de Carlos Arana Osorio en época de un gobierno centrista posterior a Méndez Montenegro, bajo una racha de gobiernos luchadores y que habían derrocado a dictadores del poder.

1.6 Constitución de 1965

Al caer el partido de acción revolucionaria de Jacobo Arbenz Guzman en 1954 llega al poder Carlos Enrique Díaz, quien no dura mucho tiempo en la presidencia, presidiéndose en el mismo año la junta militar compuesta por Sánchez Monzón y Díaz, quienes siguiendo la suerte de Díaz, dejan la presidencia del país tomando el mando el militar Carlos Castillo Armas, “gobierno en el cual se crea la constitución de mil novecientos cincuenta y seis, misma que según el Doctor J.M. García Laguardia recogía las líneas fundamentales del plan de Tegucigalpa, documento que pretendía ser el marco ideológico del nuevo régimen, dictada por un constituyente integrado sin representación de la minoría y en un ambiente represivo muy cargado”.⁷

“Esta nueva constitución protege la propiedad privada. Sigue manifestando el doctor J.M. García Laguardia, que todo el texto en general se inspira en el anticomunismo”.⁸

En la Constitución de Guatemala de 1965 creada durante el gobierno de Miguel Ramón Idígoras Fuentes, del partido de redención nacional, vigente hasta el pronunciamiento militar que llevo al gobierno de facto al general Efraín Rios Montt, se reconoció la igualdad de todos los seres humanos en dignidad y derecho.

Con la promulgación de esta constitución se consagraba el principio de la irretroactividad de la ley salvo en materia penal cuando era favorable al reo, se consignaba que en una causa criminal nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo, contra su cónyuge o sus parientes, se reconocía la inviolabilidad de la defensa de la persona y de sus derechos, por mencionar algunos datos importantes.

⁷ Arriola, Jorge Luis. *Gálvez en la encrucijada*. Edición de 1937, Pág. 137

⁸ *Ibid*, Pág. 139



Es importante destacar que en esta constitución se establecía que nadie podía ser juzgado por omisión o por tribunales especiales, se confería a los habitantes de la republica el derecho de petición a la autoridad ya sea en forma individual o colectiva distinguiéndose en sus procedimientos las peticiones en materia política de las peticiones de otra naturaleza dirigidas a autoridades administrativas y entre otras más se establecía que la fuerza armada no podría deliberar ni ejercer el derecho de petición.

En cuanto a la administración de justicia en la práctica especialmente en lo atinente a la protección y defensa de los derechos humanos fundamentales, se decía que no obstante lo consignado en el ordenamiento jurídico, ni el organismo judicial, ni los proclamados derechos contenidos en la constitución y en las leyes, funcionaban o tenían aplicación, lo que había derivado en una actitud de descredito y de desconfianza hacia las actuaciones del poder judicial.

A lo expuesto anteriormente, hay que agregar que recién el golpe de estado de 1982 que decreto la suspensión de la constitución se prohibieron los partidos políticos, se disolvió el congreso y actuó un régimen militar sin ninguna base legal, existía un clima de arbitrariedad y de represión que existía en perjuicio de la administración de justicia y de la vigencia del debido proceso; los asesinatos de los jueces y abogados, la falta de investigación y sanción a estos crímenes, la creación de los tribunales de fuero especiales Decreto 46-82 creados por Efraín Ríos Montt, ineficacia de recursos legales contenidos en el ordenamiento jurídico, gravando de esta manera y violando el derecho a un proceso justo y un régimen de legalidad constitucional que dieron origen a un estado de excepción y un estado de sitio que duro un año.

Al producirse el derrocamiento del régimen del general Romeo Lucas García, causo satisfacción y aliento las primeras declaraciones del General Ríos Mont.

“Según el doctor J.M. García Laguardia, la constitución de 1965 es una muestra de los peores regímenes antidemocráticos, limita el intervencionismo del Estado y legaliza derecho de particulares sobre bienes nacionales”.⁹

1.7 Lucha armada

Como lo ha escrito la historia todos los guatemaltecos sabemos, que el pasado es doloroso, la historia está escrita con sangre de mucha gente luchadora, defensora de sus derechos; la lucha armada no es más que una guerra civil entre un pueblo que estaba cansado de ser maltratado, de ser la burla de su gobierno, mismo que decía proteger los derechos de los nacionales, mismo que prometió trabajo, igualdad, pero no cumplió y solamente maltrato, lastimo, y, mintió. La guerra civil según Rafael De Piña en la definición contenida en su diccionario de derecho escrito: “es una contienda armada entre grupos nacionales de un mismo Estado, surgida por motivos políticos y sociales”.¹⁰ Constituye una manifestación lamentable de la falta de espíritu cívico y del egoísmo de las minorías privilegiadas que aspiran a imponer a las mayorías, por la fuerza, un régimen de gobierno que no cuenta con el ascenso de estas.

La guerrilla estaba integrada por el pueblo en desacuerdo con su gobierno y se les llamaba insurgentes, pero que es la guerrilla, según el mismo autor antes mencionado; es un método de lucha que consiste en ataques realizados por pequeños grupos armados contra las fuerzas regulares de un gobierno.

⁹ Balsello Tojo, Alfredo, Otilia Lux de Coti. **Guatemala – Memoria del silencio**. Pág. 39.

¹⁰ De Piña, Rafael. **Diccionario de Derecho**. Pág. 193.



El conflicto armado según Guillermo Cabanellas “es la guerra declarada o de hecho. La expresión conflicto armado se aplica a toda real beligerancia aun no oficial y de modo más concreto, a invasiones o expansiones imperialistas y la represión de las manifestaciones emancipadoras de territorios coloniales o de pueblos oprimidos por sus propios gobiernos”.¹¹

En el pueblo guatemalteco el 13 de noviembre de 1962 se dio el estallido del enfrentamiento armado, el país entro en una etapa sumamente trágica, devastadora de su historia, de enormes costos en términos humanos, materiales, institucionales y morales, donde las garantías y los principios que el derecho penal implica fueron violentados y el desarrollo de esta materia se estanco en el país.

En su labor de documentación de las violaciones de los derechos humanos y hechos de violencia vinculados al enfrentamiento armado, la comisión para el esclarecimiento historio – CEH–, registro un total de 42,275 víctimas, incluyendo hombres, mujeres y niños. De ellas 23,671 corresponden a víctimas de ejecuciones arbitrarias, 6,159 víctimas de desaparición forzada.

De las victimas plenamente identificadas, el ochenta y tres por ciento eran mayas y el diecisiete por ciento eran ladinos.

Durante el enfrentamiento armado se violo el derecho de identidad étnica, el derecho de igualdad, se irrespetaron normas y principios constitucionales que amparan los derechos humanos de primera y segunda generación, y dejaron desprotegidos muchos bienes jurídicos.

¹¹ Cabanellas, **Ob. Cit.** Pág. 208.



1.8 Golpe de estado

“Durante los primeros ochenta años del siglo veinte con frecuencia los procesos democráticos son interrumpidos por movimientos militares, revueltas, golpes de estado, contragolpes, revoluciones y contra revoluciones. Las razones que se han encontrado para explicar esta inestabilidad son varias: caudillismo civil y militar, heterogeneidad racial o étnica, violencia endémica, dualidad estructural que implica existencia de sistemas arcaicos con los modernos, o bien la polaridad entre civilización y barbarie”.¹²

1.9 Antecedentes de la ley penal en Guatemala

Como se desprenderá de los siguientes párrafos, la historia de la ley penal en este país ha sido muy cambiante y diversa a lo largo de los años; En la época precolombina se penaban delitos como traición, el contrabando, el hurto o el adulterio. En esta época la pena de muerte se cambio por la de esclavitud perpetua o temporal.

La época colonial fue caracterizada por un ordenamiento represivo y cruel, los delitos se penaban con la esclavitud incluyendo a mujeres y niños, esta podía ser perpetua o temporal; generalmente se conmutaba la pena de muerte por la esclavitud.

Las leyes de indias fueron el principal ordenamiento jurídico aplicado a la colonia. En este ordenamiento se estableció que los indios eran hombres y vasallos de la corona.

Al independizarse Guatemala de España, en nada se modifico la legislación penal vigente en el país, porque se continuaron aplicando los ordenamientos penales de la potencia colonizadora.

¹² Barrientos, Ob. Cit. Pág. 39.



El primer intento de reformar esta situación se dio el 24 de junio de 1834 durante el gobierno del doctor Mariano Gálvez, fecha en la cual se ordeno la promulgación del Código de Livingstone, por haber sido tomado y traducido al español.

El general Justo Rufino Barrios acordó nombrar en junio de 1875, una comisión que se encargara de redactar los nuevos códigos para la administración de justicia en Guatemala. Casi a los dos años de integrada la comisión esta rindió el informe de sus actividades y mandaron a publicar los nuevos Código Penal y de procedimientos penales para la republica de Guatemala.

El 15 de febrero de 1889 mediante la emisión del Decreto 419 del presidente de la republica, se promulgó un nuevo Código Penal. Este código fue aprobado por el Decreto número 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.

El 25 de mayo de 1936 según Decreto 2164 de la Asamblea Legislativa de Guatemala, entro en vigor un nuevo Código Penal en Guatemala, un código que a criterio de varios juristas guatemaltecos, fue un código de corte de la escuela clásica, por los conceptos e instituciones que se incluían en el mismo

Este código fue reformado por varios decretos presidenciales y decretos del Congreso de la Republica, los cuales trataron de darle un impulso decisivo al derecho penal, pero lamentablemente no llenaron las finalidades para las que se les decreto, probablemente por el desequilibrio que las dictaduras provocaban en nuestro país.

Desafortunadamente la evolución del derecho penal en Guatemala se estanco bastante durante el tiempo en el que estuvo vigente el código de 1936, el cual estuvo vigente por cuatro décadas; y esto no se debía al avanzado contenido del mismo sino a la falta de prioridad por ninguno de los gobiernos en turno por mejorar la situación de la arcaica ley penal que impero por casi cuarenta años.

En la historia jurídica guatemalteca entonces, se puede contar la promulgación de cinco códigos penales hasta la presente fecha.

El primero se promulgo en el año de 1834 durante el gobierno del doctor Mariano Gálvez. El segundo en el año de 1877 durante el gobierno del general Justo Rufino Barrios; el tercero en el año de 1887, durante el gobierno del general Manuel Lizandro Barillas

“El cuarto Código Penal de Guatemala fue promulgado en el año de 1936 durante el gobierno del general Jorge Ubico; y el quinto que es el actualmente vigente, que fue promulgado durante el gobierno del general Carlos Arana Osorio, y entro en vigencia el 15 de septiembre de 1973”.¹³

1.9.1 Características del actual Código Penal

Existió un impulso trascendente al proceso de reforma de códigos de instrucción criminal a partir de la década de los setenta del siglo XX, tendencia que se origino en Argentina y luego se extendió por toda Latinoamérica; de donde nace la reforma al Código Penal guatemalteco y surge el Decreto 17-73, que cobrara vigencia el 15 de septiembre de 1973

¹³ Villela Rosas, Luis Enrique. **Los jueces de paz y la competencia**. Pág. 3.



Esta reforma trajo consigo novedades limitadas si se analizan ahora, pero novedades para su época, el código anterior el de 1936 que fue el cuarto Código Penal aprobado en Guatemala tuvo vigencia durante casi 40 años y el actual código lleva ya una vigencia similar, trayendo para su época un avance importante pero ahora ese avance es obsoleto, pues nos hemos quedado atrás de otras legislaciones.

“El autor Francisco Muñoz Conde – citado por el autor guatemalteco Cesar Barrientos—manifiesta en su obra derecho penal y control social: ”que el derecho penal como un todo solo tiene sentido si se considera como un conjunto de instituciones públicas cuya tarea consiste en socializar y educar para la convivencia de individuos a través de determinada pautas de comportamiento, dentro de los estándares de lo que se considera adecuado para la convivencia social”.¹⁴

Las determinadas pautas de comportamiento las fija el Estado a través de la creación de las normas en uso del *ius imperium* y el *ius penale*, pero si bien es cierto se trata de contemplar todos los aspectos esto es imposible pues el derecho es cambiante y la sociedad también por tales razones urge la reforma penal adecuada también al ordenamiento procesal que nos asiste ya que este si es un marco jurídico moderno que ha dejado atrás ya al Código Penal de 1973.

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 del Artículo 123 al 498, que es donde se encuentran reguladas la descripción de los tipos penales así como los bienes jurídicos tutelados.

¹⁴ Barrientos Pellecer, Cesar Ricardo. **Poder Judicial y estado de derecho**. Pág. 42.



La parte general es la que aborda la teoría general del delito y la pena desde el punto de vista de los principios, se definen los responsables como autores, cómplices y encubridores, los grados de ejecución, las circunstancias eximentes, atenuantes, agravantes o mixtas, las clases duración, contenido y naturaleza de las penas y aplicación de las mismas según los diversos supuestos, la extinción de la responsabilidad penal y la parte especial es la que aborda todos los delitos, describiendo estos catalogados por el autor y sus penas según la participación y requisitos para encuadrar conductas y contiene las faltas clasificándolas.

En Guatemala han sido promulgados cinco códigos penales, siendo el último el Decreto 17-73 y que aun esta en vigencia, elaborado por el Licenciado Hernán Hurtado. Este código únicamente ha sufrido modificación del Congreso de la Republica bajo los Decretos 94-85, 28-86, 39-89, 42-94, 20-96, 33-96, 101-96, 103-96, 30-97, 38-2000, que no han sido más que cambios en su articulado, pero que no alteran radicalmente su estructura.

“Las reformas al Código Penal que fuera sufriendo a través de la promulgación de los cuatro códigos anteriores no dejaron como producto más que el notorio dinamismo del que el derecho penal goza. Estos cambios abrieron la puerta a nuevas figuras e introdujo avances técnicos como el principio de legalidad, el de retroactividad de la ley, es un código con una estructura técnicamente más avanzada que el anterior por lo que deja ver los principios y base de una mixtura de escuelas y que se prestara al derecho penal la debida atención según los condicionamientos de la sociedad”.¹⁵

¹⁵ Barrientos, **Ob. Cit.** Pág. 43.

El Decreto 17-73 como una unidad es resultado de la fusión de principios provenientes de diferentes escuelas jurídico-penales, es por esto que no se puede hablar de una tendencia única y absoluta ya que sus creadores buscando el criterio que más se acercare a lo correcto, tomaron postulados de varias escuelas recopilando lo mejor de cada una dejando como producto un código integrado por escuelas eclécticas.

Si bien es cierto como lo sostienen los autores del manual de derecho penal guatemalteco; el Código Penal vigente presenta una estructura mucho mas técnicamente acabada que el anterior, aunque entre las novedades se ha limitado a introducir algunos postulados de la escuela positiva, muchas veces sobre bases y principios de la escuela clásica que aún conserva, es entonces muy acorde agregar como una interpretación adecuada a las necesidades actuales proponer una recodificación del Código Penal actual incluyendo en este muchos de los delitos tipificados en leyes penales especiales, buscando una codificación nueva que sea adecuada para esta sociedad que se desenvuelve en un mundo cambiante.

Una recodificación de tipo no positivo podría ser una solución viable según explica Carlos Enrique Estrada Arispe, cuando manifiesta que: “en el actual código se dejan ver 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”,¹⁶ entonces he allí la clave, para su tiempo era un código moderno pero ahora el derecho penal moderno ha evolucionado en las sociedades desarrolladas; donde es necesario abordar diferentes tipos penales y al mismo tiempo lograr una concordancia con la importancia del bien jurídico tutelado y el carácter simple de la intervención mínima.

¹⁶ Estrada Arispe, Carlos enrique. **Derecho penal guatemalteco**. Pág. 72.



El derecho penal moderno hace mucho énfasis a la pena y al delito sus definiciones, contiene también y resalta conceptos de responsabilidad penal y de las figuras delictivas provenientes de otras sociedad más avanzadas ahonda también en el campo de las ciencias penales y en los estudios criminológicos que auxilian al derecho penal lo que ha alcanzado notables progresos.

De tal manera resulta necesario y urgente acomodar la legislación a las necesidades actuales de la sociedad, ya que presenta figuras delictivas cuya tipificación no guarda ya relación con nuestra realidad social, por lo que cierto articulado vigente solo es apariencia.

En diferentes ocasiones se han propuesto modificaciones a los arcaicos códigos y hasta cambiar la legislación penal completa. La experiencia de diversas naciones es, por una parte, que no puede continuar el proceso de mixturas de sistemas penales ni recurrir a medidas propias del Estado de seguridad nacional, porque nada tiene que dar o hacer en una sociedad democrática y solo aumenta la frustración ciudadana y la desconfianza en la justicia. El proceso de reforma debe continuar hasta implementar un juicio realmente acusatorio sin que ello implique negar la necesidad del perfeccionamiento constante del derecho.





CAPÍTULO II

2. La codificación normativa

2.1 Definición

“La codificación es la agrupación orgánica, sistemática y completa, generalmente de un cuerpo legal llamado código; de todas las normas que se refieren a una misma materia no permitiendo contradicción ni ambigüedad y, teniendo estas normas una vida unitaria”.¹⁷

Es orgánica, porque las leyes que la integran forman un todo, en el cual las partes se hallan dispuestas, guardando consonancia y armonía, es sistemática porque todas las disposiciones que componen un código se hallan ordenadamente relacionadas entre sí, y es completa porque una codificación debe contener todas las normas de una misma especie, vigentes en un determinado momento histórico.

2.2 Código

El código es la presentación sistemática, organizada de manera sintética y metodológica de un cuerpo de reglas generales y permanentes que rigen en una o varias esferas particulares del derecho en un país determinado.

Un código es un órgano homogéneo que resulta de la reducción ordenada de un conjunto de normas positivas de la codificación (positivas, del latín positum, que significa: puestas y/o establecidas. La codificación es un proceso, el código es el resultado material de la codificación.

¹⁷ Machicado, Jorge, **La codificación**, <http://jorgemachicado.blogspot.com/2009/10/ccr.html> (20 de mayo 2013)

2.3 Recopilación

La recopilación es un ordenamiento cronológico o por materia de leyes dictadas en distintas ocasiones, conservando cada una de ellas su individualidad, no obstante de su inclusión en un libro o conjunto de libros para facilitar su manejo.

En la codificación, una ley reformadora dictada posteriormente pierde su individualidad, en la recopilación, esto no sucede así.

2.4 Causas para la codificación

En cada momento histórico, la predisposición codificadora despliega especiales caracteres, Puede inspirarla el deseo de aclarar una masa confusa de preceptos, y de hacer así más inteligible el Derecho vigente. Para otros autores la codificación deviene del anhelo de unificar una pluralidad legislativa de una determinada materia, en donde existen diversas normas jurídicas dispersas en varias leyes ordinarias vigentes.

La codificación también surge cuando existe la aspiración de sustituir de una vez un derecho que no corresponde a las nuevas circunstancias políticas, sociales o económicas que existen en un país.

2.5 Ventajas y desventajas

La tendencia a reunir en códigos las legislaciones de diferentes ramas del derecho es cada vez más acentuada, porque sus ventajas no pueden ser desconocidas. Lo que sucede es que solo son susceptibles de codificación aquellas normas legales que ofrecen gran permanencia, como ocurre con las del derecho civil o, por lo menos, una relativa permanencia, como las penales.

“Otras ramas legislativas son difíciles de codificar, por ejemplo normas jurídicas del Derecho Administrativo porque se encuentran en permanente, casi diaria, evolución. De ahí que constituya un motivo de constante polémica la posibilidad o, siquiera, la convivencia de formar un código de estos sectores del derecho. Como tampoco tendría sentido ni utilidad codificar la legislación política o la sanitaria o la educativa u otras similarmente cambiantes. La utilidad de las codificaciones en general, ha sido puesta en duda en numeras ocasiones”.¹⁸

2.6 Teoría negativa

La teoría negativa dice que la codificación estanca el derecho. La controversia mas celebre que ha existido al respecto es la que sostuvieron a principios del siglo XIX dos alemanes.

En el año de 1814 publicaba Thibaut un famoso escrito titulado De La Necesidad De Un Derecho Civil Para Toda Alemania. Apoyaba su argumentación en la idea de que el derecho ejerce una acción correctiva sobre la sociedad y se impone a los hábitos e inclinaciones de los hombres.

La voz que pedía un Código Civil para toda Alemania, hallo gran eco en el espíritu publico de ese país; pero tuvo un formidable adversario en el pontífice de la Escuela Historia, Svigny, que la refuto en un libro famoso, de la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho. Afirmaba este que el Derecho es un producto de la vida social y no una idea abstracta que pueda circunscribirse y fijarse en las formulas rígidas de los Artículos de un código.

¹⁸ *Ibid*, Pág. 23.

Este autor también sostenía que la codificación detiene el desenvolvimiento de este producto histórico e impide su ulterior evolución sofocando la fuente originaria que lo crea, y si a pesar de esto la evolución continua, resulta inútil la codificación, porque bien pronto el código queda superado por las nuevas producciones espontaneas del pueblo, y anticuándose en breve tiempo es inútil, y añadía que los tiempos no habían alcanzado madurez jurídica suficiente para proceder a una buena codificación.

A estas objeciones respondieron Thibaut y otros; y más tarde el mismo Savigny modifico en parte su manera de pensar sobre la utilidad de la codificación y templo algo la aspereza de los juicios que había emitido sobre el Código de Napoleón. Pero sus ataques y sobre todo la difusión y arraigo que alcanzaron el Alemania los principios de la escuela histórica, retardaron por mucho tiempo la codificación de la legislación.

2.7 Teoría positiva

La teoría positiva afirma que la codificación facilita el conocimiento y aplicación didáctica oportuna. En verdad, las argumentaciones de Savigny alguna base tiene; pero no puede desconocerse que las ventajas son en todo caso muy superiores a los inconvenientes.

Desde luego, “la codificación simplifica el conocimiento del derecho, pues es mucho más fácil conocer las normas jurídicas cuando están todas concentradas, por decirlo así, en un cuerpo jurídico que cuando se hallan dispersas en innumerables leyes. El abogado, el juez y el estudiante encuentran su labor mucho más fácil”.¹⁹

¹⁹ *Ibid*, Pág. 23.



Esta teoría también afirma que la codificación procura la generalización de los principios y normas. Además, la ley, por la misma razón anterior, queda al alcance de un mayor número de ciudadanos que cuando está dispersa en diversos textos.

Savigny también sostenía que una vez terminado un código se le rodeaba de una atmosfera de seguridad que provocaba una inercia en los hombres para modificarlo, aun cuando sus preceptos no respondieran al momento presente. Pero si bien la objeción pudo ser atendible en tiempos de los romanos, hoy no lo puede ser, por cuanto el legislador siempre se halla dispuesto a sincronizar las necesidades sociales y dictar las leyes modificatorias o complementarias para que aquellas reclaman.

La teoría positiva también indica que la codificación permite al pueblo extraer las normas y principios que rigen determinada materia. Por otro lado, la jurisprudencia actual tiene una tendencia a renovar la ley sin alterar su texto. Cuando encuentra normas inadecuadas al momento presente, busca el sentido de la ley que mas acomoda al espíritu de la época, y es ese sentido el que aplica al caso concreto sometido a su conocimiento.

2.8 Teoría mixta

En torno a los aspectos positivos y negativos de la codificación también existe una teoría mixta, esta explica que es posible una codificación parcial del derecho ya que debido a su permanente cambio es imposible una codificación total. Esta teoría entonces, admite la existencia de elementos descodificados, toda vez que los aspectos fundamentales de una materia de la legislación de un país, guarden concordancia dentro de sí en su respectivo cuerpo legal.

2.9 La técnica de los códigos

“En cuanto a lo que se refiere a la técnica legislativa que se debe seguir para la creación de un código limitaremos esta cita a tres puntos fundamentales:

1. El relacionado con las materias que deber abarcar,
2. El referente al plan que deben seguir en el ordenamiento de los preceptos, y,
3. El que atañe al lenguaje de los códigos”.²⁰

2.10 Materias que debe abarcar un código

Hasta la fecha ha prevalecido la tendencia, de asignar a cada código la totalidad de una rama del derecho. Así, el Código Civil de un país legisla todo lo relacionado con esa materia en un país determinado, el Código de Comercio, todo lo relativo al derecho comercial, etc.

Últimamente, sin embargo, algunos autores han propugnado la idea de que haya códigos especiales para cada institución principal, es decir debería haber un código que regule las relaciones de familia, otro de la propiedad, otro de obligaciones, etc. Ciertos países han puesto en práctica esta teoría como por ejemplo Suiza y Rusia.

2.11 Plan de los códigos

El plan se refiere al orden seguido por los códigos en la disposición del derecho. Existen diversos planes que se desenvuelven obedeciendo a determinados criterios de lógica y conveniencia. Así, se dice que el derecho de sucesión debe tratarse después

²⁰ *Ibid*, Pág. 23.

del derecho de familia en un código civil, porque aquel resultaría ininteligible si no se le diera por base la exposición completa y detallada de este.

2.12 Lenguaje de los códigos

Se ha discutido la conveniencia de redactar los códigos con arreglo a una estricta terminología científica, o bien de escribirlos, por el contrario, con un idioma sencillo, asequible a todos.

Se ha acentuado, en todo caso, la conveniencia de dar claridad y precisión a las leyes, evitando las inconveniencias de una terminología imperfecta. En cuanto a las características del lenguaje empleado por el legislador en la redacción de los preceptos legales, ha habido una evolución notoria. No hace muchos años atrás las normas solían ser de estilo grandilocuente, las leyes se redactaban en el llamado: estilo de la convicción, mediante el cual el legislador explicaba la razón de la ley, el porqué de ella y el fin que perseguía, además usaba el estilo de adoctrinamiento o enseñanza.

Hoy en día las cosas han cambiado. El legislador tiene un criterio rigorista para los medios de expresión, una concisión estoica, que sirve para expresar de modo insuperable la segura conciencia del poder del Estado que ordena.

2.13 Antecedentes de la codificación

2.14 El derecho Justiniano como antecedente de la codificación

“Justiniano subió al poder en el año 527 D.C. con una idea fija: restaurar y renovar la republica romana. La realización de esta idea implicaba la restauración de la unidad territorial, la religiosa, y sobre todo la jurídica, que sería el instrumento para lograr su

finalidad. La fusión del Derecho honorario y del derecho civil, ya iniciada siglos antes, encuentra su culminación en la obra de Justiniano: el Corpus Iuris Civilis”.²¹

Dicha compilación es la que constituye la fuente principal de Derecho romano, así como uno de los primeros y más claros antecedentes de la codificación de normas en el mundo antiguo, y que en ese momento era plasmaba la concepción político religiosa de Justiniano.

2.15 El corpus iuris civilis como antecedente de la codificación

El corpus iuris civilis del imperio Romano de Occidente, en el momento de su desintegración política y de su sustitución por los diversos reinos barbaros, eran el Codex Theodosianus y las Nouellae, en los nuevos reinos bárbaros el derecho queda plasmado en el Codex Euricianus (hacia el 476) y en la Lex Romana (Código de Alarico del 506).

La intención de este código era recopilar en una serie de leyes la tradicional jurisdicción romana y armonizarla lo que fuera posible con la cristiana, a fin de crear un imperio homogéneo. Del mismo modo, desde el punto de vista del derecho y el gobierno suponía el instrumento básico de desarrollo de la política absolutista del imperio.

“El Corpus Iuris Civilis estaba dividido en cuatro partes: El código de Justiniano, redactado en latín, que resumía los edictos imperiales desde la época de Adriano en el siglo II hasta el 533, el Digesto o Pandectas, que se trataba de una colección sistematizada de los textos jurisconsultos romanos, las Novellae, redactadas en griego

²¹ Vieques, Rocilyn, **Derecho Justiniano**, <http://www.buenastareas.com/ensayos/Derecho-Justiniano/2658470.html> (18 de mayo 2013).

por el propio Justiniano que indicaba claramente la ruptura evidente entre las dos partes del mediterraneo, y los Instituta, que constituía un material para los estudiantes del derecho y una especie de síntesis de los tres anteriores”.²²

Esta compilación jurídica de Justiniano recogió de manera clara la herencia del bajo imperio romano que reforzaba la intención de centralización, separación de los poderes civil y militar, control general de las actividades y profesionalización de los funcionarios. De mismo modo también heredo las debilidades de esa época, especialmente dos de ellas, la obsesión enfermiza por recaudar fondos a través de los impuestos para mantener la política imperialista del monarca y el gigantismo administrativo. Posteriormente fueron apareciendo mas, como la intención de apropiarse una sola persona de poderes civiles y militares, lo que ponía en peligro el buen funcionamiento del Estado.

2.16 La codificación en Europa

Con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, frente a la concepción jurídica del antiguo régimen, “existen solo dos valores político-constitucionales: el individuo y la ley como expresión de la soberanía de la nación. Sostienen varios autores que el término ley en la declaración contiene, junto al significado de limite al ejercicio de libertades, de sumisión, el de garantía de que los individuos ya no podrán ser ligados por ninguna autoridad que no sea la del legislador”.²³

²² **Ibid**, Pág. 31.

²³ Fioravanti, Maurizio. **Los derechos Fundamentales**. 3ª ed. Pág.58.

En ese sentido, la ley se concibe por los revolucionarios franceses como un valor, más que un mero instrumento, gracias al cual se hacen posibles los derechos y las libertades de todos. La validez de las normas jurídicas dependerá de sus formas de producción; su juricidad ya no dependerá de su justicia o racionalidad intrínsecas, sino de su positividad;

“A partir del siglo XVIII se va a considerar, cada vez con mayor fuerza, que la ley es la única fuente legítima del derecho, única capaz de expresar la voluntad general y por ello se impone por encima de cualquier otra forma de producción jurídica, debilitando a las demás. el viejo pluralismo jurídico, que tenía a sus espaldas, aunque con varias vicisitudes, mas de dos mil años de vida, se sofoca en un rígido monismo”.²⁴

En este sentido, la división de poderes será el cimiento para asignar la producción y disposición jurídica al poder legislativo, que se identifica como titular de la soberanía popular. Así, la voluntad general de las masas sería expresada a través de la representación de los miembros del Congreso, y esta se expresa a través de la ley, fundamento material de su lugar en la jerarquía normativa. La codificación sostiene la idea de superar el particularismo jurídico y por medio de la ley afirmar la autoridad del Estado.

Se concebirá al código, por una parte, como “una ley amplia, sistemáticamente construida, expresada en principios claros, que ordena al menos toda una esfera de la vida, si no toda la vida de una sociedad determinada”²⁵. El código deberá ordenar y orientar la libertad e igualdad de los individuos exigida por el derecho natural. Desde

²⁴ Coing, Helmut. **Derecho privado europeo I**. Pág. 113.

²⁵ **Ibid.**

un punto de vista forma, el código debe ser sistemático y claro en su expresión, apartándose de particularismos casuísticos y de sutilezas; debe contener principios.

La codificación devino como un símbolo de la modernidad en el mundo occidental, fuente de prestigio personal para el soberano, y el monarca, y en este sentido se le puede ver como una expresión del poder del gobernante y como la expresión de un derecho nacional al que afirma, y que intenta ser más vigoroso y eficiente que el *ius commune*.

El término código, como señala Guzmán Brito, tiene su origen en la antigüedad, y significa tronco de árbol o unión de varias tablas, es decir un ensamblado de madera que se aplico a diversos objetos, entre ellos a ciertos navíos. Su sentido se especifico para referirse a un ensamblado de madera de dimensiones reducidas compuesta por cuatro lados y un fondo cubierto de cera, sobre la cual se escribía con un punzón.

Este formato denominado *codex* paso de la madera al papiro y al pergamino, lo que permitió que cortados en piezas del mismo tamaño y unidas entre sí dieran lugar a códigos con aspecto similar al de un libro. En este sentido, se debe tener presente que, en este punto de la historia de la palabra *codex*, lo único que ella denotaba era un libro de formato determinado, mas para nada aludía a un libro de contenido jurídico, así, al hacerse referencia al *Codex Gregorianus* y al *Codex Hermogenianus* se referían a los libros gregoriano y hermogeniano, ya que habían sido publicados bajo el formato editorial *codex*.

“Su utilización se vio reforzada por Justiniano al denominar este a su recopilación de leyes *Codex Iustinianus*, de tal forma que el término código quedo reservado para esta

colección durante toda la Edad Media y bajo el concepto de que publicar un codex era algo propio y exclusivo del emperador romano-germánico”.²⁶

No fue hasta la época de la ilustración cuando se empezó a utilizar el término código. La codificación del derecho es un proceso iniciado en el siglo XVIII y desarrollado a plenitud en el siglo XIX, que lleva a la supresión de las estructuras jurídicas del antiguo régimen basado en el ius commune, sustituyéndolo por un nuevo régimen jurídico. Se inicia con el humanismo y prosigue con el iusnaturalismo racionalista.

Sin embargo, se debe tener claro que la codificación no significó innovación de los contenidos del derecho, si en cambio de sus modos de creación, conservación manifestación y fijación.

Con el surgimiento del Estado moderno en la Europa del siglo XVIII el que se erige como el titular de las funciones del imperium y de las capacidades normativas, y a partir de ahí se define a las libertades desde una perspectiva más o menos autoritaria. El Estado no se contenta con avalar las codificaciones privadas, sino que toma la tarea codificadora en su provecho político. “Los estados europeos en este siglo empezaron a desarrollar sus codificaciones particulares, resultado en gran medida del trabajo de juristas cercanos al poder políticos no de juristas que formasen parte del ámbito universitario o judicial”.²⁷

Las primeras se producen en Baviera el Codex juris Bavarici criminales, de 1751; el Codex Juris Baravarici judicialis, de 1753, u el Codex Maximilianeus Bavaricus civilis, de 1756, cuyo autor y comentarista fue Wigulaus Aloysius. Von Kreittmayr. Este código

²⁶ Guzmán Brito, Alejandro. **La codificación civil**. Pág. 18.

²⁷ Grossi, Paolo. **Mitología jurídica**. Pág. 74.



mantiene como subsidiario al ius commune, de ahí que se le considere precursor de las codificaciones del derecho natural.

En Prusia, en 1794 entra en vigor la Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten (ALR), obra de Samuel von Cocceji, misma que permaneció vigente hasta su derogación el 1º de enero de 1900. La ALR es una compilación de prácticamente todo el derecho vigente: civil, mercantil, constitucional, eclesiástico, penal y administrativo. Se trata del primer gran código de la época moderna, mas sin embargo no cobro mayor auge, ni logro inspirar al resto de naciones europeas.

Los códigos mencionados, sostiene Ramos Núñez, no obstante haber sido dados bajo la inspiración parcial del humanismo del setecientos, no acogieron las ideas de libertad ni auspiciaron una firme voluntad de reforma burguesa, como luego acontecerá en Francia, en donde se produce la codificación más influyente en Europa y América, El code Civil, de 1804 o Código Napoleón.

Desde el siglo XVI se habían hecho en Francia, sin éxito, intentos de una legislación general. Sería la Revolución francesa la que asumió la tarea codificadora, que se desarrollo en un espacio de veinte años durante los cuales Francia conocería sucesivamente de diversos regímenes monarquía constitucional, Convención, Directorio, Consulado e imperio.

La inestabilidad política se vio acompañada de una inseguridad jurídica, ya que la desaparición del derecho del antiguo régimen tuvo que ser compensada con la aparición de un nuevo derecho. En 1790 ante la Asamblea Constituyente se promovió una codificación y en 1791 se incluyó como objetivo dentro del texto constitucional, si

bien el derecho privado emanado de la revolución se estaba publicando en forma de leyes particulares, conocido como derecho intermedio, mismo que preparo de alguna manera el camino para la codificación, al suprimir las cargas feudales, restringió el derecho de primogenitura, introdujo el matrimonio civil y el divorcio, así como un inicio del derecho de patente.

El proyecto de código civil le fue encargado por la convención a un comité de legislación. Jean Jackes Regis de Cabacere, jurista de indiscutible pericia, estableció tres comisiones de 1793, 1794, y 1796, respectivamente, sin éxito.

Si bien se obtuvieron diversos proyectos en esos años. Fue con Napoleón Bonaparte, después del golpe de estado del 18 brumario (9 de noviembre de 1799) quien primero como cónsul y posteriormente como emperador le atribuía gran importancia a la redacción de un código civil. Se designaron a cuatro juristas para la tarea: Francois-Denis Tronchet, Felix-Bigot de Preameneu, Jacques de Maleville y Jean-Etienne Marie Portalis.

El proyecto fue sometido a diversas instancias, como era de menester en aquella época altamente protocolaria, entre los cuales se menciona: al tribunal supremo y a los tribunales de apelación, cuyas observaciones de alta técnica jurídica; se remitieron al consejo de Estado, que en ciento dos sesiones presididas cincuenta y siete por Napoleón Bonaparte, puso a punto el texto, para que el 21 de marzo de 1804 fuese publicado el Código Civil de los franceses, seguido en 1806 por el de procedimientos respectivo, en 1807 por el de comercio, el Penal en 1810 y el de Enjuiciamiento Criminal en 1811.

“El Código Napoleón se ha interpretado como el resultado del compromiso entre el derecho romano y el derecho natural, así como del derecho consuetudinario francés”.²⁸

Sin duda el Código Napoleón ha sido el código más influyente de todos, primer y verdadero Código, según Paolo Grossi, muchos otros autores también afirman que el código civil francés, por sus amplio contenido de instituciones y excepcional técnica legislativa sirvió de molde para la creación de una gran de otros códigos de esa materia no solo en Europa sino también Latinoamérica. Fue recibido ampliamente tanto en Europa como en América, Bélgica, Luxemburgo, Holanda, parte de Alemania, Polonia, Italia, España y Rumania; en Haití, México, Bolivia, Republica Dominicana, Perú, Costa Rica y Venezuela.

2.17 La codificación en el derecho español como antecedente de las codificaciones hispanoamericanas

En la península ibérica de la Alta Edad Media, este territorio se encuentra dominado por el derecho, si bien se trataba de un derecho de donde no se distinguía entre el derecho divino y el derecho positivo.

El hombre medieval no creó el derecho, sino que se limitó a descubrirlo dentro del orden divino. En esta época derecho y tradición se identifican; el derecho antiguo, permanente, estable, de hecho; mientras más viejo mejor, pues tiene mayor autoridad. Incluso el *Liber Iudiciorum* rige como derecho consuetudinario de la población.

Los reyes y señores aceptan las costumbres; algunas veces las confirman; en otras, prohíben algunas de ellas. Su papel en lo referente a la creación del derecho es

²⁸ Cannata, Claudio Augusto. *Historia de la ciencia jurídica*. Pág.184.

secundario, pares deja en manos de estudiosos y prácticos del derecho el arduo deber de extraerlo de una profunda plataforma consuetudinaria y definirlo. “El poder político en la edad media se caracteriza por hallarse intrínsecamente inacabado, es y se mantiene como poder inacabado. Existe una indiferencia hacia lo jurídico: el príncipe medieval, de hecho, limita sus propios intereses a las áreas del derecho que se hallan directamente implicadas en el gobierno”.²⁹

Con el tiempo, y en la medida en que los reyes adquirieron mayor poder y fuerza, fueron otorgando protección jurídica a determinados ámbitos, como la casa, los caminos, las iglesias y los mercados. Surgió la llamada interrupción de hostilidades en días determinados y durante fiestas religiosas.

Ante la dispersión jurídica los problemas nuevos se resolvieron no por el Liber Iudiciorum, sino mediante la creación de instrumentos jurídicos ad hoc, con lo que se profundizó aun más el localismo jurídico y la creación de instancias extrajudiciales, lo que influyó a que las fuentes de los derechos locales fueran los instrumentos jurídicos de la reconquista.

Entonces de esa cuenta tenemos que los documentos en donde se recogían total o parcialmente esos derechos locales fueron los instrumentos jurídicos de la reconquista, Estos fueron prácticamente la única forma de manifestación del derecho del siglo IX hasta los inicios del siglo XIII, a partir del cual si bien continuaron vigentes dichos derechos locales, la evolución de la sociedad y las distintas formas de gobierno mezclaron el derecho local con otras normas de vigencia general.

²⁹ Grossi, Paolo. *Ob. Cit.* Pág. 172.

En un momento dado, a partir del siglo XII, los elementos que integraban los derechos locales (fueros breves, privilegios recibidos posteriormente, costumbres no escritas, decisiones judiciales y fazañas) se plasmaron por escrito beneficiándose grandemente la evolución del derecho local y se tendía a una concepción legislativa del derecho es decir, se asistió a un proceso de redacción de los derechos locales, con una fuerte presencia de legislación real de vigencia general con el surgimiento de un derecho nuevo, técnico y erudito.

“Con Fernando III y Alfonso X se inicia una política real tendiente a unificar los derechos locales, apoyada en dos textos fundamentales que son el Liber Iudiciorum, traducido al castellano con el nombre de Fuero Juzgo, y el Fuero Real. Ambos textos se utilizaron complementariamente como instrumentos de una misma política real de unificación de fueros municipales”.³⁰

La obra más importante de la historia del derecho español son las Siete Partidas o libro de las leyes. Muestra de la madurez de la ciencia jurídica española, representaron la recepción del derecho común en Castilla, y se trata de una magna obra humanística y doctrinal. Su redacción se inicio en 1256 y se termino entre 1263 y 1265. Escudero señala como fecha para su elaboración hacia 1290.

Esta obra se divide en siete libros debido a la especial significación que el siete tenía tanto en las antiguas tradiciones paganas y cristianas, como en los misterios órficos o los siete dones del Espíritu Santo. En su elaboración intervinieron el maestro Jacobo, el obispo Fernando Martínez de Zamora y el Maestro Roldan. Las partidas pronto

³⁰ Ferreiros, Aquilino. **La creación del derecho español**. Pág. 249.

adquirieron un gran prestigio entre juristas, políticas y demás estudiosos, y se convirtieron en una obra de lectura obligada y consulta.

En cuanto a su vigencia dentro del ordenamiento jurídico fue hasta el año de 1348 con el Ordenamiento de Alcalá cuando Alfonso XI otorgo valor de derecho supletorio y, por tanto, vigencia a las partidas.

2.18 La descodificación

Podemos definir la descodificación como: “aquel fenómeno de creación de multitud de leyes extracodiciales”.³¹

Una idea común de todas las acepciones de descodificación, es la que apunta a una reducción o minusvaloración del un código en particular. Expandiendo preceptos legales de todo tipo en diferentes cuerpos legales, como fuente de derecho vigente, pero son diversas las causas a las que se reconoce este fenómeno de sentido y utilidad social.

Así, descodificación puede significar:

- a) La pérdida de valor y utilidad del código como instrumento técnico de fijación del derecho.
- b) La pérdida del sentido que le dio el Código Penal o civil según sea la materia, a el positivismo como símbolo máximo de la expresión de la voluntad general de las masas, como expresión única de la democracia participativa a la cual deben subordinarse los jueces.

³¹ *Ibid*, Pág. 23.

- c) La pérdida de aplicabilidad del código a los conflictos privados por la proliferación de leyes especiales que se superponen al articulado normal de un código por la especialización que en la materia que la ley especial presenta.
- d) El destronamiento del Código Penal o el civil como centro aglutinante del sistema de derecho privado en favor de la aparición de leyes singulares que regulan materias propias siguiendo valores, principios y lógicas normativas diversas o contradictorias con el código y constituyéndose, así en microsistemas autosuficientes, que relegan al código a una función de carácter residual.
- e) La mermada utilidad del código como instrumento jurídico apto para tutelar a las personas en sus derechos fundamentales, la cual ha pasado a ser materia propia de las constituciones y de los tratados internacionales. Descodificación vendría a ser un fenómeno paralelo y dependiente de la constitucionalización e internacionalización del derecho.
- f) El apartamiento de la jurisprudencia que ocurre en los tribunales de las normas del código para poder hacer frente a los cambiantes problemas sociales que accionan al órgano jurisdiccional, respecto de los cuales las disposiciones legales se presentan como obsoletas y anacrónicas.

2.18.1 Orígenes y causas

El origen de este fenómeno se remonta mucho tiempo atrás, cuando aun ni siquiera se pensaba en la creación unificadora de un código. La cuestión en torno a las leyes especiales se une a la propia aparición de los códigos, siendo incluso previas en la mayoría de los casos.

No obstante, en la época codificadora, estas leyes especiales se basaban en los principios recogidos en el código. “Actualmente, surgen muchas leyes de estas características pero que no se buscan desarrollar las instituciones incluidas en el código de la materia de que tratan, sino que desarrollan aspectos que van surgiendo en el diario vivir de la sociedad es decir las normas descodificadas van más allá de lo previsto por los legisladores en cierta época social y surgen con la aparición de nuevos fenómenos sociales”.³²

2.18.2 Algunas causas de la descodificación normativa.

- El derecho penal y en particular los tipos penales plasmados en el Código Penal son de naturaleza cambiante, por lo que algunas de las conductas plasmadas en el Código Penal en los años setentas en este momento del siglo XXI resultan obsoletos.
- El cambio de modelo social y político y la concepción actual del Estado que ya no se configura como un estado liberal basado en el principio de mínima intervención y de autonomía de los particulares, sino, muy al contrario como un estado social intervencionista en la vida económica, política y social, de modo que existen asuntos que están presididos por la intervención normativa del Estado.
- Un país como Guatemala tienen un código civil y uno penal que fueron creados antes que la Constitución Política de la República que ahora esta vigencia, por lo que estas normas deben ser adaptados a los valores y principios básicos del ordenamiento jurídico, y subordinarse de forma consecuente con la constitución.

³² Anzoátegui, Víctor. **La cultura del código.** Pág. 35.

- La existencia paralela a en el ordenamiento jurídico de un derecho comunitario y también un derecho consuetudinario, contamina tergiversa bastante la idea del imperio de la ley.
- La propia complejidad de la sociedad moderna requiere grandes avances en todos los ámbitos incluyendo al derecho, que como sabemos es una ciencia en constante movimiento. Van surgiendo leyes a medida que surgen nuevos temas a tratar.

Este proceso descodificador no sólo se da desde una perspectiva formal, es decir, cambiando la forma de aunar la legislación en un solo Código, sino que también se observa desde una perspectiva material. “Esto quiere decir que también cambia el contenido, surgen nuevas leyes que regulan materias distintas a las recogidas en el Código e incluso van cambiando los principios básicos que originaron esa codificación general de la legislación.”³³

Además a los preceptos expuestos en los párrafos anteriores debemos unir el papel de la jurisprudencia, que aunque es una fuente del Derecho más secundaria también juega un papel importante en lo que se refiere el fenómeno de la descodificación, expandiendo desmedidamente más allá del código el funcionamiento de la ley.

La jurisprudencia un amplio margen para la interpretación judicial de los preceptos legales. La jurisprudencia va incidiendo también en el ordenamiento jurídico y la regulación de los distintos asuntos que pueden darse de la sociedad moderna. Existen incluso interpretaciones judiciales que llegan a corregir el Código Civil. Esta descodificación responde a una discordancia entre la realidad social y la realidad legal.

³³ *Ibid.* Pág. 40.

2.18.3 La obra de Natalino Irti como antecedente de la descodificación

En el año de 1978 se publica la obra la edad de la descodificación, que viene a resumir y recopilar una serie de estudios que hasta la fecha había publicado Natalino Irti, en los cuales trataba distintas materias pero siempre orientadas hacia un mismo fin: Demostrar que en materia jurídica, en especial en ciertas áreas del derecho civil, se comenzaba a vivir un nuevo proceso que él llama descodificación, “que en termino simples consistía en el cambio de la estructura jurídica del código y su sustitución por leyes o formas jurídicas más sencillas y acordes con el continuo de las instituciones sociales que estaba llamada a regir”.³⁴

La obra de Natalino Irti trata de forma original y critica un fenómeno que se va forjando desde el momento mismo en que se dictaron los distintos códigos dentro de Europa (que es el marco territorial y temporal de su obra); este fenómeno es el surgimiento de distintas leyes específicas y especiales que entraban a reglamentar aspectos que el código no podía abarcar, ya sea por una razón de contenido o por desconocimiento de una realidad determinada en el momento de su dictación. Lo que hace diferente a la obra de este autor italiano es que logra visualizar un cambio profundo dentro de la estructura jurídico-mental del siglo XX y en especial a partir de 1920.

Irti nos pone de manifiesto que el código como estructura jurídica ha perdido terreno, dando paso a otras estructuras jurídicas como son las constituciones y las normas especiales, “lo cual pone en evidencia que el código ya no es el centro de la legislación de una nación, sino que pasa a ser parte de una multiplicidad de normas especiales

³⁴ Bravo Lira, Bernardino. *Más allá de los códigos*. Pág. 350.

que tiene su base en la constitución y no en los principios generales que contiene el código”.³⁵

La importancia de esta obra no radica en el origen de un nuevo concepto histórico doctrinario, sino que más bien pone de manifiesto un cambio profundo en la forma de crear derecho, que en varios aspectos contribuye a desvirtuar la seguridad del mismo derecho legislado.

2.18.4 Dos posturas frente a la descodificación

Los autores que tratan el tema son diversos, por lo que en este trabajo citaremos a aquellos que puedan sintetizar de mejor manera las distintas posiciones que existen en cuanto a la descodificación.

Es así como Alejandro Guzmán Brito y Luis Díez-Picazo, “al tratar el tema de la descodificación lo hacen desde una perspectiva escéptica en el sentido que no ven en ella más que una transformación formal en las fuentes jurídicas y no un profundo concepto jurídico, entendiéndose por ello que el surgimiento de las leyes especiales también llamado derecho especial, en la denominación de Irti, es un fenómeno aislado en razón de que estas solo afectan a determinadas materias dentro de la estructura general del código”.³⁶

Dentro de este esquema es que Guzmán Brito distingue la existencia de una descodificación formal y otra material; la formal estaría dada por el surgimiento y aplicación de las denominadas leyes especiales; la material, a su vez, se presentaría

³⁵ Irti, Natalino. *La edad de la descodificación*. Pág.37.

³⁶ Guzmán, Brito Alejandro. *Codificación, descodificación y recodificación del derecho civil chileno*. Pág. 74

como la superación del esquema del código como texto normativo fundamental para dar un paso más allá en la técnica jurídica y que nos llevaría a una nueva etapa en el estudio del derecho.

Para este autor, solo estará presente dentro de la obra de Irti el primero de estos fenómenos, esto es la decodificación formal en razón de que la integridad del código como cuerpo normativo no se vería influenciado con el surgimiento de estas nuevas leyes, sino que su efecto estaría limitado a aquellas materias específicas para las cuales fueron dictadas en su razón de ser y que establecen una forma distinta de regulación a la establecida en el código, pero sin producir una descodificación en términos materiales de este último.

A su vez Diez-Picazo analiza el fenómeno de la descodificación planteado por Irti en un sentido diverso al de Guzmán Brito.

Este autor establece que la descodificación tiene su germen en el código mismo, esto, porque en él se anidan y dan forma al ideal racionalista del predominio de la razón por sobre las otras ciencias y del ideal del progreso indefinido: la codificación es ante todo un intento de racionalización del mundo jurídico.

Diez-Picazo señala entonces que frente a una realidad en permanente cambio, con nuevas exigencias y necesidades, la estructura pétrea del código comienza a sufrir una continua confrontación con lo que él denomina factores de descodificación.

Estos factores de de descodificación según este autor son:

1. Las leyes especiales.

2. La jurisprudencia.
3. La doctrina.
4. La influencia que tiene la constitución sobre la estructura del código.

Diez-Picazo “reconoce la influencia que tienen la jurisprudencia y la doctrina, en función de que logran hacer aplicable las normas contenidas en el código, a una sociedad cambiante que transforma algunas normas del código en mecanismos obsoletos”.³⁷

Pero este autor demuestra cierto margen de duda respecto a si esta influencia es beneficiosa para la estructura general de los códigos; sin embargo, nos muestra que bajo estas influencias se ha comenzado a perder la idea de que el código como estructura jurídico-legislativa es un texto de fácil acceso y entendimiento y se ha transformado poco a poco en textos abigarrados y confusos.

“Lo dicho por los autores anteriormente tratados pudiere parecer que no tendría alguna conexión pero, sin embargo, ambos autores llegan a una misma conclusión, esta es que el código como forma legislativa está llamado a sobrevivir a la descodificación, a través de un fenómeno que ambos llama recodificación.

Frente a la posición ya expuesta existe una postura que ve en la descodificación un proceso complejo y que la muestra como una especie de final en la etapa codificadora y la entrada en un nuevo concepto que implica un retorno a las fuentes originarias sobre las cuales se estructuraba el sistema jurídico antes de la codificación”.³⁸

³⁷ *Ibid.* Pág. 43.

³⁸ Díez-Picazo y Ponce de Leon, Luis. *Anuario de derecho civil.* Pág. 221.



Lo cual quiere decir que la labor del jurista, entiéndase por ello tanto a los jueces, la doctrina universitaria y la labor diaria de los abogados, ha tomado un nuevo aire y vuelve a tener el lugar de privilegio que tenía y que no debió haber perdido.

Al respecto existen diversos autores, entre los cuales podemos nombrar a Bernardino Bravo Lira, Ricardo Luis Lorenzetti, José Peirano Facio, que abordan el tema desde esta perspectiva.

Para estos autores, la descodificación como fenómeno jurídico es un complejo conjunto de cambio y creación de una nueva forma de legislar en contrapartida de aquellos que ven en la descodificación un peligro o una manifestación de una especie de crisis del derecho que afecta al conjunto del ordenamiento jurídico.

La descodificación no constituye una amenaza para el sistema jurídico, ni tiene como fin la derogación del derecho legislado; sino que más bien debe tratarse como una especie de salida que el legislativo debe utilizar para ponerse al día con los cambiantes hitos sociales y ya que el derecho tiene formas para poder adaptarse y seguir creciendo dentro de un sistema legal que les permita tener un adecuado sistema jurídico.

La descodificación no es un fenómeno aislado de un u otro país o nación, la antigua derogación tácita o expresa que existía entre las distintas normas que se creaban y que de una forma u otra eran la manera en que en derecho se renovaba, da paso a una especie de sistema que las deja de aplicar no porque se ha promulgado una nueva norma, sino porque esta ha perdido prestigio o validez dentro del ente social que estaba llamado a regular.

Surgen de esta forma los llamados microsistemas de Irti, las normas ya no se caracterizan por abarcar una gran amplitud de temas y problemas, sino que se hacen cada vez más específicas, particulares y adaptables a las instituciones sociales que deben regular.

El código pierde, por tanto su imagen de ser un ordenamiento completo, deja de abarcar todas las materias, “no solo existe una descodificación legislativa, sino que también una especie de explosión que desintegra el antiguo sistema y que abarca tanto a la ley como a la doctrina y a la jurisprudencia”.³⁹

Hemos visto que las posiciones frente a la descodificación son múltiples y con características que las diferencian de manera bastante marcada, pero la descodificación, como lo dice Peirano no significa que el código ya no exista o no sea el fundamento sobre el cual se apoya una nueva estructura jurídica y normativa.

Sin embargo, se debe tener en cuenta que la descodificación como estructura jurídico-normativa ha dejado de manifiesto, la imposibilidad de los distintos cuerpos, normativos y en especial de los códigos de regular la totalidad de las situaciones jurídicas que se producen en una sociedad en continuo cambio; los hechos superan lenta y paulatinamente al derecho codificado y en especial al derecho legislado.

2.18.5 Efectos de la descodificación penal

Si se hace un balance de las consecuencias de la descodificación penal, prevalecen los aspectos negativos, los cuales se convierten en un círculo vicioso de innegables y evidentes problemas, a saber:

³⁹ Peirano Facio, Jorge. *La descodificación en el derecho actual*. Pág. 73.

- Inflación legislativa: la cual se patentiza en el excesivo número de leyes especiales que contienen delitos, procedimientos penales diversos, medidas de seguridad especiales; que solo resultan en normas legales dispersas y poco funcionales para una sociedad que vive en caos.
- Ineficiencia de los operarios de justicia, dígame: magistrados, jueces, oficiales, y abogados. Y partiendo de normas que son producto de la inflación legislativa, los funcionarios policiales, del ministerio público y del poder judicial no estarían informados de las últimas normas penales que se consagran en las leyes especiales. En el mejor de los casos, las nuevas instituciones penales tardan un tiempo considerable en ser entendidas y aplicadas correctamente. Ello se evidencia en la lentitud con la que se generan la jurisprudencia y doctrina penales.
- Inseguridad personal y de los bienes: con el desconocimiento de los delitos contenidos en leyes especiales surge la impunidad y la inseguridad personal. La sociedad se envilece y corrompe, al punto de generarse la anomia y la anarquía; por la falta de efectividad de las leyes que deberían proteger a los ciudadanos y simplemente no logran su cometido.
- Ilegitimidad y desconfianza: el prestigio de un sistema jurídico se debe a su eficiencia para combatir la delincuencia, en el marco del respeto democrático de los derechos humanos. Si este prestigio se pierde, se vuelve ilegítimo el sistema judicial, lo cual afecta al sistema político, inevitablemente. Si el Estado fracasa por su propia torpeza al no legislar adecuadamente, la gente deja de confiar en sus jueces, fiscales y policías, en consecuencia, no acude a ellos para pedir justicia.

- Injusticia y violencia: en gran medida, el problema de la descodificación penal y el círculo vicioso que esta genera, explican la delincuencia desbordada, la auto justicia, los linchamientos, ajustes de cuentas y violencia social que campean en el país.

2.18.6 Alcances de la descodificación

En el ámbito específico de la codificación comienza a darse un proceso centrífugo, por el cual los poderes legislativos dictan numerosa leyes especiales que escapan a la disciplina del código. “El fenómeno responde en parte al proceso de juridificación, que es una consecuencia tanto del desarrollo del estado de derecho como de las cambiantes relaciones entre sociedad y Estado. El derecho asume una nueva función en el manejo de los asuntos públicos”.⁴⁰

La descodificación consistió en la sustracción del código de su lugar centra producida por la legislación especial. Se abandono la unidad del sistema jurídico con la creación de una pluralidad de microsistemas, cada uno con principios y con lógicas propios. En este nuevo proceso el código es un microsistema jurídico más. Pierde su cualidad de estatuto de derecho común y general, pasa a ocupar un papel de derecho residual regulando aspectos no alcanzados por las leyes especiales. Estos microsistemas regula la mayoría de la relacione sociales. Cada uno de ellos sustrae al código diferentes materias para regularlas de forma diferente.

El procesos descodificador, para el jurista chileno Alejandro Guzmán Brito, puede darse de tres maneras: desde lo formal, desde lo material, y desde lo material y formal. La formal se da por medio del Derecho especial, a través de leyes extravagantes, la

⁴⁰ Piaggio, Aníbal Norberto. *La codificación, Raíces y prospectivas*. Pág.- 178.

material por medio del Derecho singular, a través de leyes modificatorias del código, y la material y formal, por el Derecho singular también, mediante leyes extravagantes y específicas. En su opinión, la verdadera descodificación es la material, ya sea esta formal o no formal.

La descodificación material incide en la lógica del sistema jurídico, incluido en el código. La formal, altera la técnica codificadora de reunir en un solo cuerpo a todo el derecho de la materia respectiva. Si bien la formal produce la proliferación de leyes extravagantes al código, no quiebra la ratio del sistema. En este aspecto el sistema se compone del código más las leyes extravagantes de derecho especial o nuevo.

Que una ley modificatoria introduzca dentro del código un Derecho especial o nuevo, bien correctorio, alternativo o derogante, no es descodificación. Constituye una operación diversa que se puede denominar revisión del código. El volumen total de la legislación externa del derecho especial, singular y nuevo respecto al código puede en algunos casos superar el volumen del cuerpo legal.

Una descodificación amplia y profunda, para el jurista chileno, consiste en el nacimiento de un nuevo derecho penal o civil según sea el caso, el cual requiere una diversidad de bienes tutelados o derechos en microsistemas, lo cual significaría ir en contra la lógica y los principios de la doctrina tradicional; la cual apuesta sus postulados a un derecho con normas minimalistas.

Es habitual que un cuerpo normativo organice su material en función de objetos de regulación, pero su problema fundamental es la profunda desconexión que existe entre todos estos microsistemas. Cada uno crece y se desarrolla con una gran autonomía.

Este fenómeno de independización es una nueva sistematización, en la que la norma de derecho privado se instala en un nivel superior.

Abelardo Legaggi señaló que los códigos de derecho privado se encuentran erosionados por leyes especiales singulares que producen microsistemas y dan paso a la descodificación.

El nuevo proceso centrífugo, de desconcentración de normas, policéntrico, se manifestó principalmente en: a) regulación de leyes especiales, b) internacionalización del derecho, y c) ruptura de la unidad conceptual de cada una de las ramas del derecho. “Este fenómeno es tomado en sentido negativo por aquellos que siguen atados a los conceptos del siglo XIX, y en sentido positivo por aquellos influidos por el historicismo”.⁴¹

Este autor estima que no es conveniente definir al proceso de descodificación en un sentido estricto. No se lo debe reducir a aspectos técnicos legislativos o a cuestiones de fundamentación formal o material.

El proceso implica la pérdida de la idea de la centralidad del código. Es necesario para comprender el fenómeno, verificar el impacto de la legislación extravagante. La existencia de una norma fuera del sistema del corpus, sea modificatoria o nueva, especial o singular, puede acarrear la erosión del código y la consecuente descodificación, con la pérdida de la centralidad. Los autores señalados analizaron el fenómeno en materia de derecho privado, pero el fenómeno no alcanza solo a este sino también al público.

⁴¹ Guzmán Brito, Alejandro. **Ob. Cit.** Pág.62.



El normativismo, hoy predominante, ha tenido que lidiar con el dinamismo jurídico, la necesidad de la especificidad legislativa o las nuevas situaciones dan como resultado un crecimiento legislativo, es impensable cuerpos legales que no deban ser renovados.

CAPÍTULO III

3. La ley penal

3.1 Definición

La definición de la ley penal se identifica intrínsecamente con la de derecho penal; sin embargo, desde un punto de vista meramente estricto, mientras el Derecho Penal es el género, la ley penal es la especie, de tal manera que la teoría de la ley penal es, al igual que la teoría del delito, la teoría de la pena, las medidas de seguridad, y el resto de las instituciones de esa naturaleza, objeto de estudio del derecho penal como ciencia.

De tal manera pues, que aunque conceptualmente se asemejen ambos conceptos, sustancialmente se diferencian; la ley penal es aquella disposición por virtud de la cual el Estado en su posición de garante y precursor del bien común; crea derecho con carácter de generalidad y universalidad para todos sus habitantes, estableciendo las penas concretas correspondientes a los delitos y a las medidas de seguridad que define.

Palacios Motta la entiende como “el conjunto de normas jurídicas que definen los delitos y las faltas, determinan las responsabilidades o las exenciones y establecen las penas o medidas de seguridad, que corresponden a las figuras delictivas, Las leyes o textos legales son vehículo de expresión de las normas legales. Un texto legal o enunciado puede servir de base a más de una norma jurídica. Esto se aprecia más en la parte especial del Código Penal, en donde aparecen dos clases de normas: La primaria, dirigida al ciudadano para que se abstenga de atentar contra bienes jurídicos

protegidos penalmente, la otra llamada secundaria, dirigida al juez para que imponga la pena correspondiente cuando se cometa un delito”⁴².

La ley penal, única fuente capaz de crear delitos y penas, estados peligrosos y medidas de seguridad, ha de reunir los requisitos materiales y formales exigibles a toda ley. La ley penal expresa el pensamiento del legislador e implica siempre un juicio de valor imperativo y desfavorable sobre determinada conducta que desapueba y castiga con una pena.

La función que desempeña la ley penal es castigar determinadas conductas, implicando indirectamente la prohibición de las mismas o estableciendo mediatamente una norma de conducta. Las normas que describen delitos o faltas y establecen penas se dirigen a todos los ciudadanos que integran la sociedad y también a los órganos judiciales encargados de su aplicación, mientras que estos órganos judiciales del Estado son los únicos destinatarios de las normas que describen estados peligrosos y establecen medidas de seguridad.

3.2 Características de la ley penal

Es necesario determinar desde el punto de vista ontológico, cuales son los caracteres que la ley penal debe revestir, en cuanto es fuente de cognición.

3.2.1 Generalidad, obligatoriedad e igualdad

Se refiere a que la ley penal se dirige a todas las personas, que habitan un país, y por supuesto todos tienen la obligación de acatarla; la ley penal entonces resulta ser

⁴² De Mata Vela, José Francisco. **Derecho Penal Guatemalteco**, Vigésima edición. Pág. 77.

“general y obligatoria” para todos los individuos dentro del territorio de la republica, sin discriminación de raza, color, sexo, religión, nacimiento, posición económica, social; y esto nos lleva a la igualdad de todas las personas frente a la ley penal, con excepción de manera parcial de las personas que por disposición de la ley y razón del cargo que desempeñan, gozan de ciertos privilegios como inmunidad y el antejuicio.

3.2.2 Exclusividad de la ley penal

Se refiere a la exclusividad de la ley en la creación de derecho penal, ya que de acuerdo con el principio de legalidad, de defensa o de reserva, que contiene el Artículo 1º del Código Penal (nullum crimen, nulla poena sine lege), que expresa: nadie podrá ser penado por hecho que no estén expresamente calificados, como delitos o faltas, por la ley anterior a su perpetración; ni se impondrán otras penas que no sean las previamente establecidas en la ley.

La exclusividad se deriva del origen de la ley y de que solo ella puede definir los delitos. En cuanto al origen el Artículo 157 de la constitución establece que: La potestad legislativa corresponde al Congreso de la Republica, compuesto por diputados electos directamente por el pueblo en sufragio universal y secreto.

Es decir, que solo la ley penal puede crear delitos y establecer las penas y medidas de seguridad para los mismos. En ese sentido la exclusividad de la ley penal se convierte en advertencia y al mismo tiempo en garantía, advierte que será sancionado o castigado, quien cometa cualquiera de los ilícitos penales que abstractamente describe la ley penal, y simultáneamente garantiza que nadie puede ser castigado o sancionado por un hecho que no esté previamente establecido como delito o falta.

3.2.3 Permanencia e ineludibilidad de la ley penal

Se refiere a que la ley penal permanece en el tiempo y en el espacio hasta que otra ley la abrogue o la derogue, y mientras esta permanezca debe ser ineludible para todos los que habitan el territorio nacional, teniendo un gran alcance para intervenir en diversos campos de la vida cotidiana salvo las limitaciones de inmunidad y antejuicio.

Resulta no solo necesario sino también importante aclarar que cuando hablamos de abrogar, “nos referimos a la abolición total de una ley, mientras que al hablar de “derogar” nos referimos a la abolición parcial de una ley”.⁴³

3.2.4 Imperatividad de la ley penal

Se refiere a que las normas penales, a contrario sensu de otro tipo de normas, contiene generalmente prohibiciones o mandatos que todos deben cumplir, no deja librado nada a la voluntad de las personas, manda hacer o prohíbe hacer, sin contar con la anuencia de la persona que solo debe acatarla, y en caso contrario, la amenaza con la imposición de una pena.

3.2.5 Es sancionadora

A pesar de que actualmente se habla de un derecho penal preventivo, reeducador, reformador y rehabilitador, lo que realmente distingue a la norma penal es la sanción que bien puede ser una pena o una medida de seguridad, en ese sentido se dice que la ley penal es siempre sancionadora, de lo contrario, estaríamos frente a una ley penal sin pena y obviamente dejaría de ser ley penal.

⁴³ De Mata Vela, José Francisco. **Ob. Cit.** Pág. 79.

3.3 Forma y especies de la ley penal

3.3.1 Forma de la ley penal

Cuando nos referimos a las formas de ley penal, tomamos como base el órgano u organismos del cual tomo vida, en ese sentido, hablamos de ley penal formal y ley penal material.

3.3.2 Ley penal formal

Es todo precepto jurídico penal que nace del organismo (o sistema político), técnicamente facultado para crearla, que en Guatemala es el congreso de la republica (organismo legislativo), tal es el caso del Código Penal (decreto 17-73 del congreso de la republica).

3.3.3 Ley penal material

Es toda disposición o precepto de carácter general acompañado de una sanción punitiva, que precisamente no ha emanado del órgano constitucionalmente establecido para crearla; tal es el caso de los decretos leyes, que se emiten para gobernar durante un gobierno de facto por no existir el organismo legislativo. También se llama así las leyes que, teniendo contenido penal no se encuentran en el Código Penal.

3.4 Especies de la ley penal

Cuando nos referimos a las especies de ley penal, partimos de que en un sistema jurídico como el guatemalteco, aparte del Código Penal que es la base de la ley penal ordinaria, existen otros cuerpos legales que indudablemente se han convertido en especies de la ley penal, como los siguientes:

3.4.1 Leyes penales especiales

“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, tal es el caso del Código Penal Militar, la ley de contrabando aduanero, etc.”⁴⁴

3.4.2 Convenios internacionales

Son acuerdos o tratados que se llevan a cabo entre distintos países, que contienen normas de tipo jurídico penal, y que se convierten en leyes obligatorias para los habitantes de un Apis, cuando una ley interna (decreto del congreso de la republica), los convierte en legislación del Estado, por ser países signatarios o suscriptores del mismo, tal es el caso del código de Bustamante o código de derecho internación privado, del cual Guatemala es signataria, y como tal ley vigente en la republica.

3.4.3 Los decretos leyes

Son disposiciones jurídicas que emanan con carácter de leyes del organismo ejecutivo, cuando por cualquier razón no se encuentra reunido o no existe el congreso de la republica (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.

⁴⁴ **ibid.** Pág. 58.

3.5 Nociones de la ley penal especial

Las leyes penales especiales son “el conjunto de normas jurídicas penales que no estando contenidas precisamente en el Código Penal, regulan la conducta de las personas pertenecientes a cierto fuero o tutelan bienes o valores jurídicos específicos, convirtiéndolos en leyes especiales”.⁴⁵

El principio fundante del derecho penal moderno es el de legalidad: sólo puede ser delito aquel comportamiento, activo u omisivo, que esté tipificado como tal en una ley. En el sistema jurídico guatemalteco, este principio se fija en el Artículo 17 constitucional, y es facultad del Congreso de la república, constitucional, establecer las conductas que se consideraran como delitos y los castigos que por ellos deban imponerse.

Si bien, la ley que por antonomasia se encarga de tipificar los delitos, es el Código Penal, el que se encarga de la producción legislativa en la materia, y 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 estipula en su Artículo 9º como se relacionaran las características aplicables a todos los delitos con las leyes especiales.

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

⁴⁵ Ramírez, Juan Manuel. **El llamado derecho penal especial**. Pág. 5

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”⁴⁶

Dado que el Artículo 9º del Código Penal cita las 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.

De ese modo, existiría entre el código y las otras leyes una relación de generalidad-especialidad. Teniendo en común un mismo supuesto de hecho regulado de forma general en el código, la ley especial añadiría un elemento propio. La materia sería esencialmente la misma; sólo estaría calificada o complementada por la ley especial. En consecuencia, la aplicación preferente de la norma más puntual o específica tendría como fundamento el principio general del derecho *Lex specialis derogat legi generali* cuando los requisitos del tipo general están todos contenidos en el especial, en el que figuran además otras condiciones calificativas en virtud de las cuales la ley especial tiene preferencia sobre la general en su aplicación.

De esa caracterización de la ley penal fuera del código como ley especializada en una materia específica de la amplia gama del derecho legislado, derivó la utilización de la noción de delito especial, para hacer referencia a aquél que se encuentra tipificado en

⁴⁶ *Ibid* Pág. 57.

una ley penal especial, es decir fuera del cuerpo legal que regula la materia específica. Esa denominación es útil en ciertos casos, cuando, efectivamente, los tipos previstos en una ley siguen esa lógica de especialidad respecto a tipos genéricos fijados en el código.

Sin embargo, si se revisa el cuerpo de leyes expedidas por el Congreso de la República 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. Por ejemplo, el delito consistente en llevar a cabo exploraciones o excavaciones arqueológicas no autorizadas, previsto en la ley penal de esa materia.

3.5.1 Clasificación de las leyes especiales

La ley penal codificada “es la que se contiene sistemáticamente estructurada en el Código Penal. Es la más representativa de las leyes penales y guía de todas las demás”.⁴⁷

Las leyes penales especiales son leyes distintas al Código Penal, pero que sin embargo describen delitos, estados peligrosos, penas o medidas de seguridad. Se pueden establecer muchas clasificaciones.

⁴⁷ Rendón, Ariel. **Derecho penal**, <http://www.infoderechopenal.es/2013/03/clases-de-leyes-penales.html> (28 de mayo 2013)

El derecho penal especial es aquel que comprende el resto de las leyes penales fuera del Código Penal propiamente dicho, las cuales son denominadas leyes penales especiales; existiendo dos tipos de estas leyes:

- Las leyes penales especiales propias, cuya finalidad es crear tipos penales. Ejemplo de estas es la ley contra el femicidio y otras formas de violencia contra la mujer, Decreto 22-2008.
- Las leyes penales especiales impropias, que tienen otra finalidad, pero que incluyen algunos tipos penales para proteger los bienes jurídicos tutelados en dicho cuerpo legal. Ejemplo de esta clasificación tenemos la ley general de caza, Decreto 36-2004

La existencia de leyes penales especiales, además de ser una realidad, aparece contemplada en el Código Penal, Artículo 9, Y en relación con ellas, la exposición de motivos del mismo código reconoce su existencia y el papel que les corresponde como parte del derecho sustantivo complementando aquellos supuestos no contemplados en código.

En cuanto al Artículo 9, establece que las disposiciones de ese cuerpo legal se aplicarán a los delitos y faltas que se hallen penadas en leyes especiales. Las restantes disposiciones del Código se aplicarán de forma supletoria en lo no previsto por ellas. En cualquier caso, las leyes penales especiales y al margen del Artículo 9, en algunos casos prevén de forma concreta la aplicación del Código o de una parte del mismo.

Por otra parte hay que destacar que las leyes penales especiales responden a conductas y situaciones muy concretas que a su vez se dividen en leyes penales

especiales propias (las que tienen como única finalidad describir delitos o estados peligrosos, fijar penas y medidas de seguridad) e impropias (nacen marcadas por objetivos mayoritariamente no penales –civiles, mercantiles, tributarios- aunque para conseguir tal finalidad prevén como delitos o faltas algunas de las conductas indicadas para, de esta manera, respaldar con mayor intensidad sus contenidos).

3.5.2 Relación del derecho penal especial con otras ramas del derecho penal

El derecho penal traducido como el estudio de las normas referentes a la teoría del delito, de las penas y medidas de seguridad, sienta las bases necesarias para la aplicación en el mundo factico del derecho penal especial, lo que se encuentra su base en el Artículo 9º del Código Penal, el cual señala: Las disposiciones de este código se aplicaran a todas las materias de naturaleza penal, reguladas por otras leyes, en cuanto estas, implícita o expresamente, no dispusieren lo contrario.

Por lo que el derecho penal ordena que: para aplicar al caso concreto un delito tipificado en una ley especial, es decir de los tipos que se encuentran fuera de su contenido; se estará a las disposiciones generales del Código Penal. Principalmente las que se encuentran en los primeros 123 Artículos.

“Se debe atender al principio de especialidad para resolver los problemas surgidos del llamado concurso aparente de normas que se da cuando dos o más normas jurídicas regulan un caso concreto en apariencia, ya que una excluye la aplicación de la otra, y en determinado caso la aplicación de la norma especial excluye a la general”.⁴⁸

⁴⁸ *Ibid.* Pág. 57

La importancia y relación de ambas materias es de grado sumo, ya que del propio derecho penal emanan los presupuestos básicos para la aplicación del derecho penal especial, así como las causas de exclusión del delito, la responsabilidad penal, la aplicación de las sanciones, extinción de la responsabilidad penal etc.

3.6 Algunas leyes penales especiales en Guatemala

A lo largo de la historia se puede observar como el derecho así como los delitos y las formas de cometer los ilícitos penales han ido evolucionando, de tal forma que se hace necesario regular determinadas actitudes de una forma más específica y detallada. Es por ello que surgen las leyes penales especiales, en las cuales se regulan las distintas formas en que se puede atentar o violentar contra los bienes jurídicos tutelados o fundamentelas a través de la imposición y ejecución de penas más específicas.

Dentro de las leyes penales especiales vigentes en Guatemala se encuentran las siguientes:

- Ley de armas y municiones.
- Ley contra la narcoactividad.
- Ley contra el lavado de dinero y otros activos.
- Ley contra la defraudación y el contrabando aduanero.
- Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar.
- Ley contra el crimen organizado.
- Ley contra el Femicidio y otras formas de violencia contra la mujer.

El listado de leyes descrito anteriormente, regulan actividades específicas que merecen ser tratadas de una forma especial, así como también asignarles una pena especial. Cabe mencionar la materia tratada por las leyes penales especiales no se encuentra regulada en el Código Penal, por lo cual se hace necesario regular tales formas del accionar humano en otras leyes, que en la mayor de ocasiones pueden catalogarse como leyes vigentes no positivas porque no se aplican dentro de la sociedad a pesar de que están vigentes.

3.7 Ley de Armas y Municiones

Decreto 15-2009

Bien jurídico tutelado: la vida, la integridad física, la libertad, la seguridad jurídica.

3.7.1 Objeto de la ley

- Ejercer control de quienes tienen y portan armas para garantizar el debido respeto a la vida, la integridad física, la libertad, la seguridad y la justicia de todos los habitantes de la república, como valores supremos inherentes al ser humano.
- Regular la tenencia, portación, importación, exportación, fabricación, comercialización, donación, traslado, compraventa, almacenaje, transporte, tráfico, ya sea entre individuales o con la intervención de personas jurídicas, y todo lo relativo a las armas y municiones.

3.7.2 Aspectos más importantes del Decreto 15-2009

Debido al crecimiento desmedido de la cantidad de armas de fuego que circulan dentro de la sociedad guatemalteca, se hace necesario la creación de esta ley para poder



tener de cierta forma el control de las armas; decimos de cierta forma porque se tiene control solo sobre las armas y municiones registradas en la Dirección General de Control de Armas y Municiones (DIGECAM) que es la dependencia del Ministerio de la Defensa Nacional encargada de registrar la tenencia de armas de fuego en toda su variedad y extender la constancia correspondiente que implica: autorizar licencias de portación, registrar las huellas balísticas de todas las armas de fuego, y entre otras atribuciones.

Para los efectos y estudio de la ley de armas y municiones, las armas se clasifican de la siguiente forma: armas de fuego, armas de acción por gases comprimidos, armas blancas, armas explosivas, armas químicas, armas biológicas, armas atómicas, misiles, trampas bélicas, armas experimentales, armas hechizas y o artesanales.

Esta ley nos indica que todas las personas en Guatemala (que demuestren no tener problemas psicológicos) tenemos derecho a tener en nuestras casas o portar armas de fuego de las que están permitidas por la misma; inclusive los extranjeros que viven en el país (con algunas restricciones), pero también tienen el mismo derecho que los nacionales, con la respectiva autorización de la DIGECAM. Sin embargo también establece algunas prohibiciones para la portación de arma de fuego, dentro de las cuales encontramos las siguientes:

- Personas menores de veinticinco años de edad.
- Personas declaradas en estado de interdicción.
- Personas que hayan sido condenadas por tribunal competente por los delitos de homicidio doloso, asesinato, secuestro, ejecución extrajudicial, robo y robo

agravado, lesiones graves y gravísimas provocadas con arma de fuego o portación ilegal de arma de fuego.

- Y los delitos establecidos en la ley contra la delincuencia organizada.

También esta ley establece los requisitos que deben cumplir las personas o empresas que compran armas debiendo estar siempre bajo el control de la seguridad de la DIGECAM para su transporte o traslado o bien de las dependencias con las cuales esta coordine dichas acciones.

Así mismo se hace referencia a las armerías y a los polígonos de tiro, quienes para poder tener instalaciones de esta naturaleza deben contar con la respectiva licencia o autorización de la DIGECAM, previo a cumplir con los requisitos establecidos en esa ley.

Esta ley aplica rigurosamente las sanciones para los delitos de esta materia, porque impone la pena de prisión incommutable mas el comiso de las armas, municiones o maquinaria para el mantenimiento o la elaboración de las mismas y en el caso de reincidencia, la pena de prisión se duplica. Y para las personas que tengan licencia de portación de arma y cometan el ilícito en varias ocasiones, se les cancelara la misma.

Y finalmente esta ley establece que todos los pagos que las personas individuales o jurídicas deban realizar, se harán directamente en las cajas de la DIGECAM, los que pasaran a ser parte de los fondos privativos de dicha institución, para sus gastos de administración y funcionamiento.

3.7.3 Tipos penales descodificados dentro del Decreto 15-2009

La ley de armas y municiones dentro de su articulado en el Título VI de delitos, faltas, penas y sanciones, incluye una serie de tipos penales relacionados con la portación, tenencia y comercialización de los que dentro de esta investigación denominamos descodificados del Código Penal; que regulan aspectos puntuales relacionados con la tenencia de armas de fuego. Dentro de los principales delitos plasmados en ese cuerpo penal encontramos:

- Artículo 103.- Venta ilegal de armas de fuego.
- Artículo 107.- Fabricación de armas de fuego hechizas o artesanales.
- Artículo 113.- Tenencia ilegal de armas de fuego artesanales o hechizas, armas con número de registro alterado, armas con numero borrado o no legalmente marcadas por la DIGECAM.
- Artículo 117.- Tenencia de armería ilegal.
- Artículo 123.- Portación ilegal de armas de fuego de uso civil y/o deportivo.
- Artículo 127.- Disparos sin causa justificada.
- Artículo 129. - Tenencia o portación de arma de fuego con número de registro alterado.

3.8 Ley Contra la Narcoactividad

Decreto número 48-92.

Bien jurídico tutelado: La salud, la integridad de la persona, la economía nacional, el comercio y la industria.

3.8.1 Objeto de la ley

- Prevenir, controlar, investigar, evitar y sancionar toda actividad relacionada con la producción, fabricación, uso, tenencia, tráfico y comercialización de los estupefacientes psicotrópicos y las demás drogas y fármacos susceptibles de producir alteraciones o transformaciones del sistema nervioso central y cuyo uso es capaz de provocar dependencia física o psíquica.

3.8.2 Aspectos más importantes del Decreto 48-92

La Ley contra la Narcoactividad estipula que únicamente se podrá autorizar la importación, fabricación, extracción, posesión y uso de la drogas en las cantidades estrictamente necesarias exclusivamente por personas legalmente facultadas, tal uso de la droga deberá ser únicamente para el tratamiento de una enfermedad, un análisis toxicológico, para la investigación científica o para la elaboración de algún fármaco. También se establece que podrá autorizarse la tenencia de drogas y estupefacientes para fines de entrenamiento canino en la escuela centroamericana de entrenamiento canino, de la policía nacional civil.



Los establecimientos que bajo autorización legal se dediquen a trabajar con sustancias que puedan ser utilizadas como estupefacientes o psicotrópicos, deberán contar con previa autorización del Ministerio de Salud Pública.

El Decreto 48-92 establece que el Estado deberá promover los programas de desarrollo, rehabilitación y reinserción a la sociedad de las personas dependientes de sustancias como las drogas. Además las personas jurídicas colectivas de carácter social, cultural o religioso contribuirán con la tarea del Estado para erradicar el uso de drogas y promover la prevención de los delitos y consumo ilícito de drogas.

Serán imputables los autores y cómplices de los delitos relacionados con el narcotráfico, no importando que se trate de personas físicas o personas jurídicas, de igual forma tendrán que cumplir con las penas establecidas respectivamente para cada una.

Cabe mencionar también la forma en que la ley regula la suspensión condicional de la pena, atendiendo este beneficio a las características especiales del hecho o a la personalidad del condenado que no le permita o le sea inútil la ejecución de la pena. Además se impondrán medidas de seguridad y corrección.

Al cometer alguno de los delitos tipificados en el decreto 48-92, nace la obligación de reparar el grave daño material y moral ocasionado a la sociedad, tal obligación será de forma solidaria entre todos los responsables de la comisión del delito, no importando si fueren personas físicas o jurídicas. Para poder calcular el daño material y moral causado a la sociedad se tendrá en cuenta lo siguiente: el valor de las drogas incautadas, el valor de los bienes relacionados con el delito, la capacidad de cultivo y

producción de la sustancia, la gravedad del delito cometido y las lesiones económicas provocadas a la sociedad por la inversión de recursos en la lucha contra el narcotráfico.

Con el fin de crear medidas de prevención y tratamientos contra las adicciones y acciones ilícitas vinculadas con el tráfico de drogas se crea la Comisión Contra las Adicciones y el Tráfico Ilícito de Drogas, que tendrá como objetivo principal diseñar y ejecutar políticas y estrategias de prevención y tratamiento de las adicciones, así como adoptar recomendaciones sobre prevención del delito de narcotráfico, impulsando el perfeccionamiento del marco jurídico existente relativo a los delitos de drogas y otras sustancias prohibidas.

3.8.3 Tipos penales descodificados dentro del Decreto 48-92

La ley contra la narcoactividad regula una serie de normas, destinadas a proteger a la sociedad de la propagación del uso de drogas. Par lo que crea una serie de tipos penales de los que a lo largo de este trabajo de investigación hemos denominados tipos penales descodificados por encontrarse fuera del Código Penal. Entre los principales tipos penales descritos en esa ley encontramos:

- Artículo 38.- Comercio, tráfico y almacenamiento ilícito.
- Artículo 39.- Posesión para el consumo.
- Artículo 43.- Expendio ilícito.
- Artículo 47.- Asociaciones delictivas.
- Artículo 50.- Encubrimiento real.

- Artículo 51.- Encubrimiento personal.

3.9 Ley Contra el Lavado de Dinero y Otros Activos.

Decreto 67-2001.

Bien jurídico tutelado: La economía nacional, el comercio, la industria y el régimen tributario.

3.9.1 Objeto de la ley

- Prevenir, controlar y sancionar el lavado de dinero y otros activos proveniente de la comisión de cualquier delito. Dicha ley tiene como fin proteger la economía nacional y la estabilidad y solidez del sistema financiero guatemalteco.

3.9.2 Aspectos más importantes del Decreto 67-2001

Esta ley fue propuesta e implementada en el país, derivándose del compromiso que existe entre este y otros estados en virtud de los tratados internacionales que este ha firmado y ratificado, comprometiéndose con ello a controlar y sancionar el lavado de dinero y otros activos, con el fin de proteger la economía nacional y el sistema financiero guatemalteco.

Esta ley en su capítulo primero Artículo 1º nos explica que el objeto de la ley es la de prevenir, controlar, vigilar y sancionar el lavado de dinero y otros activos provenientes de la comisión de cualquier delito y establece las normas que deberán cumplir las personas que se mencionan en el Artículo 18 de dicho cuerpo legal.



En su capítulo segundo esta ley trata sobre el delito de lavado de dinero en sí, así como los responsables y las penas, en su sección primera en el Artículo 2º nos explica que cometen este delito las personas que inviertan, transfieran o realicen cualquier transacción financiera, administren, posean, tengan, utilicen oculten o impidan la determinación de la verdadera naturaleza u origen del dinero o bienes, teniendo el conocimiento de que la adquisición de estos es de la comisión de algún delito.

En su capítulo tercero, sección primera nos relata del procedimiento y nos indica que en la persecución de los delitos y en la aplicación de las penas se llevará a cabo el procedimiento señalado por el código procesal penal para los delitos de acción pública. Y que por la naturaleza que esta contempla se realizara el curso del procedimiento preparatorio del proceso penal con reserva según lo que establece la Constitución Política de la Republica.

Este cuerpo legal también estipula lo referente a la creación y funcionamiento de la Intendencia de Verificación Especial, esta es creada dentro de la superintendencia de bancos y es la encargada de velar por el objeto, cumplimiento de la ley y de su reglamento.

3.9.3 Tipos penales descodificados dentro del Decreto 67-2001

La ley contra el lavado de dinero u otros activos, en lo referente a los tipos penales únicamente regular un delito. No obstante esto, este cuerpo legal también es una ley penal especial. Y el delito que esta se regula ha sido de mucho auge desde el momento de su creación puesto que la ley protege la formación de: capital, ahorro e inversión, elementos muy importantes dentro de la economía nacional.

El único delito regulado en el decreto 67-2001 es: el delito de lavado de dinero u otros activos en su Artículo 2º, en el que dicha ley hace una enumeración bastante extensa sobre los supuestos en los que este delito podría considerarse como tal.

3.10 Ley Contra la Defraudación y el Contrabando Aduanero

Decreto 58-90.

Bien jurídico tutelado: La economía nacional, el comercio, la industria y el régimen tributario.

3.10.1 Objeto de la ley

- Controlar efectivamente el contrabando y defraudación en el ramo aduanero, así como combatir eficazmente la corrupción evitando la internación y egreso de mercancías de forma ilegal.

3.10.2 Aspectos más importantes del Decreto 58-90

La ley contra la defraudación y el contrabando aduanero ha sido creada con el fin de erradicar el ingreso y egreso de mercancía al país de forma ilegal, actividad que se ha agudizado en los últimos tiempos.

Esta norma define la defraudación como toda acción u omisión por medio de la cual se evade dolosamente, en forma total o parcial, el pago de los tributos aplicables al régimen aduanero. Así como se enumeran varios casos especiales de defraudación aduanera. También se estipula que se constituye como contrabando aduanero la introducción o extracción de mercaderías de cualquier clase, origen o procedencia, evadiendo la intervención de las autoridades aduaneras.

Las sanciones que se impondrán por los actos constitutivos de defraudación o contrabando aduanero son: se dividen dependiendo si se trata de: el autor para quien corresponden de siete a diez años de prisión, los cómplices de dos a cuatro años de prisión y los encubridores de uno a dos años de prisión.

Esta ley también determina que si se tratare de funcionarios o empleados públicos se aplicara la inhabilitación especial y si se trata de agentes aduaneros, depositarios aduaneros y otra clase de infractores se aplicara la pena y el doble de la pena impuesta.

Además esta ley estipula que si algún funcionario aduanero o cualquier servidor público, tiene conocimiento de la comisión de algún delito o falta relacionada con el sistema aduanero o que este tipificada en dicho cuerpo legal, no lo denunciare, será sancionado conforme al Código Penal.

3.10.3 Tipos penales descodificados dentro del Decreto 58-90

La ley contra la defraudación y el contrabando aduanero como muchas otras leyes penales especiales también contiene tipos penales de necesaria observancia dentro del ordenamiento legal, puesto que uno de sus bienes jurídicos tutelados es el sistema aduanero nacional, el cual es de vital importancia para la economía guatemalteca.

Dentro de los delitos tipificados dentro de este cuerpo legal tenemos:

- Artículo 1.- La defraudación aduanera.
- Artículo 2.- Los casos especiales de defraudación aduanera.
- Artículo 3.- El contrabando aduanero.

- Artículo 4.- Los casos especiales de contrabando aduanero.
- Artículo 5.- La introducción de mercancías de contrabando.

3.11 Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar

Decreto 97-96.

Bien jurídico tutelado: La vida y la integridad de la persona.

3.11.1 Objeto de la ley

- Brindar protección especial a mujeres, niños, jóvenes, ancianos y personas discapacitadas, puestas en riesgo a raíz de la violencia intrafamiliar. Siendo este un grave mal que acecha a la sociedad guatemalteca y que con el paso de los años no deja de acrecentarse.

3.11.2 Aspectos más importantes del Decreto 97-96.

La ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar estipula que este tipo de violencia constituye una violación a los derechos humanos y que es violencia cualquier acción u omisión que de manera directa o indirecta causara daño o sufrimiento físico sexual, psicológico o patrimonial, tanto en el ámbito público como privado.

Hay medidas de protección necesarias para garantizar la vida integridad seguridad y dignidad de las víctimas de la violencia.

Las denuncias o solicitudes de protección puede hacerse en forma escrita o verbal con o sin asistencia de abogado y entre las instituciones encargadas de recibirlas se



encuentran: El ministerio público, La procuraduría general de la nación, La policía nacional civil y Los juzgados de familia entre otros.

Esta ley indica que también los juzgados de paz de turno pueden recibir este tipo de denuncia en el entendido que es por emergencia, cuando se trate de uno de estos casos los tribunales de justicia ordenaran alguna medida especial de las que se incluye en dicha ley. Las medidas de seguridad indicadas en dicha ley son consideradas de especial relevancia por lo que las cuales no podrían durar menos de un mes ni más de seis meses excepto que las autoridades señalen periodo distinto.

Esta ley también indica que el Estado a través del procurador de los derecho humanos deberá crear una instancia encargada de impartir talleres, seminario y conferencias a todos los funcionarios públicos, entiéndase entre ellos a jueces, Ministerio público, Procuraduría general de la nación, Policía nacional civil y otros entes importantes.

El ente asesor es una figura que consiste en un órgano de ejecución, el que corresponde ser creado por parte de la procuraduría general de la nación y lo haría cumpliendo con los siguientes términos: velaría porque las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes de instituciones se comporten de conformidad con las obligaciones estipuladas en dicho cuerpo legal.

Además el Estado procurara ofrecer alternativas de tratamiento y rehabilitación tanto a las personas agredidas así como a los agresores.

3.11.3 Tipos penales descodificados dentro del Decreto 97-96

La ley para prevenir sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar es una ley penal especial que coadyuva a la protección de la familia como unidad central de la sociedad; enfocándose principalmente en la protección de la mujer en su condición de madre y de los menores de edad que vivan en el seno familiar. Este cuerpo legal no regula tipos penales como lo hacen otras leyes penales especiales; sin embargo regula una serie de medidas de seguridad diferentes a las reguladas en el Código Penal.

Debido a las medidas de seguridad que esta ley penal incluye, dentro de este trabajo de investigación consideramos que esta ley es una muestra más del fenómeno de la descodificación en una de las tantas formas en las que un código puede irse desmembrando, fue por esta razón que incluimos esta ley dentro de la presente.

Entre las medidas de seguridad más importantes que esta ley regula en su Artículo 7º encontramos:

- Ordenar al presunto agresor que salga inmediatamente de la residencia común.
- Ordenar la asistencia obligatoria a instituciones con programas terapéutico-educativos, creados para ese fin.
- Ordenar el allanamiento de la morada cuando, por violencia intrafamiliar, se arriesgue gravemente la integridad física, sexual, patrimonial, o psicológica de cualquiera de sus habitantes.

- Suspenderle provisionalmente al presunto agresor la guarda y custodia de sus hijos e hijas menores de edad, cuando su conducta se encuentre enmarcada dentro de los supuestos que se enumeran en dicha ley.
- Prohibir al presunto agresor que perturbe o intimide a cualquier integrante del grupo familiar. Entre otras.

3.12 Ley Contra la Delincuencia Organizada

Decreto 21-2008.

Bien jurídico tutelado: El bienestar social, la seguridad jurídica, la seguridad y la paz.

3.12.1 Objeto de la ley

La ley contra la delincuencia organizada tiene por objeto establecer las conductas delictivas atribuibles a los integrantes y/o participantes de las organizaciones criminales, así como de la regulación de los métodos especiales de investigación y persecución penal que pueden ser utilizados para combatir a la delincuencia organizada.

3.12.2 Aspectos más importantes del Decreto 21-2006

El Decreto 21-2008 regula en su Capítulo segundo que es lo que se considera un grupo delictivo organizado u organización criminal así, como también enumera una larga lista de tipos penales de los contenidos en el Código Penal y algunas otras leyes penales especiales. Los cuales se consideran como parte del crimen organizado cuando son realizados por un grupo de personas concertadas para ese fin, ya sea que funjan como autores o cómplices.

Este cuerpo legal regula en el capítulo primero del título segundo algunos procedimientos que pueden ser utilizados como medios de investigación en contra de la delincuencia organizada. La peculiaridad de estos métodos especiales de investigación es su novedad, puesto que son diferentes a los utilizados en el código procesal penal. Esto nuevamente es una muestra más que la descodificación va más allá de los tipos penales y de las medidas de seguridad, en esta ley podemos darnos cuenta que la descodificación también incluye métodos de investigación en contra de la delincuencia.

Los métodos especiales que la ley contra la delincuencia organizada añade al ordenamiento jurídico son:

- Las operaciones encubiertas.
- Las entregas vigiladas.
- Las interceptaciones telefónicas.

El Decreto 21-2006 también incluye un capítulo referente a las medidas precautorias que pueden ser utilizadas cuando se persiga penalmente a los integrantes de una asociación criminal, así como también regula aspectos relevantes en cuanto a los agravantes especiales para las personas que fueren hallados culpables de ser parte de un grupo delictivo.

Un aspecto muy importante de esta ley se encuentra regulado en tu título quinto el cual regula todo lo referente a la colaboración eficaz dentro del proceso penal. Esta colaboración eficaz que en palabras sencillas consiste: en la ayuda o colaboración que



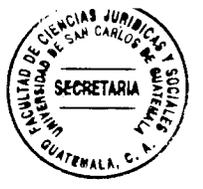
preste una persona para la investigación y percusión de los miembros de un grupo delictivo del cual esta persona era parte.

Finalmente esta ley también en su título quinto regula una serie de medidas de protección que las personas que se consideren como colaboradores dentro del proceso penal, podrían gozar para garantizar su seguridad personal a lo largo del mismo.

3.12.3 Tipos penales descodificados dentro del Decreto 21-2006

La ley contra la delincuencia organizada dentro de su articulado también regula una serie de tipos penales relacionados con la comisión de actos delictivos por parte de la delincuencia organizada. Siendo parte de este trabajo de investigación evidenciar la descodificación de tipos penales aquí enumeramos algunos de los delitos incluidos en esta ley:

- Artículo 3.- Conspiración.
- Artículo 4.- Asociación ilícita.
- Artículo 5.- Asociación ilegal de gente armada.
- Artículo 6.- Entrenamiento para actividades ilícitas.
- Artículo 9.- Obstrucción de justicia.
- Artículo 10.- Exacciones intimidatorias.
- Artículo 11.- Obstrucción extorsiva de tránsito.





CAPÍTULO IV

4. La recodificación del Código Penal como alternativa a la dispersión de leyes especiales

El análisis previo ha rotado en torno a la necesidad y la posibilidad de abordar una recodificación que mejore las condiciones del panorama normativo actual pero reforzando, rearticulando y racionalizando las pertinentes condiciones político-materiales del Estado social de Derecho constitucional.

La nueva alternativa codificadora, de un lado, debe apartarse de la dogmática vinculada a tradiciones construidas por el poder y de contradicciones ajenas a las necesidades del escenario jurídico real. Y, de otro lado, exige ser conscientes de la realidad social, política, legislativa, judicial, etc., abordando sus problemas y construyendo a tal efecto los instrumentos más apropiados de solución gracias a una teoría y técnica legislativas —racionalmente justificadas y fundamentadoras que sirven para encauzar el discurso político-social— y a los aportes de la experiencia comparada.

El objetivo de un proyecto codificador debe ser sistematizar y racionalizar el escenario jurídico actual, de todas las materias que forman parte de un conjunto. Sistematizar es ofrecer un arquetipo estructural que exprese un orden interno concordante, como si de un sistema de conjuntos se tratase. Y racionalizar es fundamentar, ofrecer razones justificadas.

Como sistematizar la realidad jurídica positiva, es apelar al orden interno que configura de forma excluyente la definición de validez del Derecho, la sistematización codificadora se centra en la definición formal del Derecho. Sin embargo, la fuerza



crítico-reconstructiva de tal proyecto depende de su capacidad para esclarecer la forma más adecuada de interrelación de los distintos elementos normativos.

Por eso es imprescindible fundamentar esta sistematización, esto es, racionalizarla. Pero ya no apelando a su consistencia estructural, sino al sentido racional teórico y práctico del sistema de codificación. Así, “la racionalización, más que a la consistencia o a la lógica interna sistematizadora, apela a una forma de coherencia compleja que depende en amplia medida de criterios valorativos y de ponderación, porque se refiere a la fuerza de los argumentos en relación con los objetivos e instrumentos conforme a los que se estructuran”.⁴⁹

Por lo expuesto, apelar hoy a una recodificación es reclamar la sistematización como instrumento al servicio del orden, la facilidad de acceso, la seguridad jurídica, la inteligibilidad, etc. Pero, eso sí, siempre que se trate de una sistematización segmentada por unos cánones racionalizadores renovados fieles a consideraciones valorativas fundamentadas y que, entre otras cosas, orienten a la concepción material y orgánico, a un poli-sistema que admita la existencia de múltiples centros normadores legislativos, judiciales, doctrinales, sociales, etc. Que unifican su racionalidad en la visión del ordenamiento jurídico como un todo constitucional.

Para lograr reconstruir un Código Penal, que pueda resultar adecuado al modelo liberal y humanista que impulsan las actuales corrientes de la materia, y que al ser impuesto en la legislación no entre en debate con el estado constitucional y democrático de derecho. Es necesario que su ideología sea de tipo pluralista y multicultural.

⁴⁹ Pastor, Daniel R. *La recodificación penal en marcha*. Pág. 8

Este trabajo de investigación propone como potencial solución a la descodificación normativa que actualmente se vive en nuestro medio, una recodificación del actual Código Penal integrando todos los tipos penales que se encuentran regulados en leyes especiales.

La recodificación normativa que este trabajo propone tiene la finalidad explicita de integrar en un solo cuerpo normativo toda la legislación penal, hoy dispersa y desarmonizada por una descodificación que ha alterado el equilibrio y la proporcionalidad que deben tener las disposiciones represivas, con lo cual se ha afectado la sistematicidad normativa, aspecto de la legislación penal que no es un adorno intelectual, sino garantía de efectividad de los principios de legalidad y culpabilidad (seguridad y previsibilidad), que son el corazón del derecho penal liberal.

La legislación penal actual es un caos; solo en sentido figurado es posible hablar de un orden jurídico penal, muy lejos de ello, la realidad muestra que, en verdad, vivimos en un desorden jurídico; en el cual, la extensa cantidad de normas jurídicas que rigen al país poseen muy poca funcionalidad.

Si simplificamos drásticamente el análisis veremos que esta situación responde a dos razones, cada una de ellas asentada en modelos o estilos culturales, los cuales consisten en: a) el acrecentamiento desmesurado e incontenible del numero de las conductas calificadas como delictivas en la ley penal, plasmadas en leyes penales especiales; fenómeno también conocido en algunos países como: "inflación de las leyes"; y b) la deficiente calidad descriptiva de los tipos penales que, ha llevado a la legislación punitiva a desbordar los límites del mandato de certeza (lex certa), para

tratar de llegar a comprender la mayor cantidad posible de desviaciones, aunque lo haga de un modo tan ambiguo e incierto como inconstitucional.

Si observamos el curso de la legislación penal a partir de las últimas dos décadas, obtenemos una vista panorámica de la forma tan desordenada en que se ha operado la ley penal, lo cual va en aumento, y sin duda esto se proyecta en una notoria pérdida de la calidad y el nivel técnico de las leyes especiales.

Las urgencias políticas inmediatas y frecuentemente mal entendidas, han reemplazado al estudio detenido y al debate fructífero. La dispersión legislativa nunca fue tan evidente y las marchas y contramarchas, obedientes a consignas circunstanciales, han llevado a los congresistas a una situación que puede tornarse caótica como ha sucedido en otros países.

Por tanto nos encontramos ante una situación patológica comprobada de descodificación penal, que ha conducido a una falta de certeza jurídica. Esta descodificación se expresa en la emisión, prolífica y ya inabarcable, de cientos de figuras delictivas, muchas veces con sus propios principios generales y sus propias reglas procesales, que no integran los códigos respectivos (leyes complementarias, especiales o delitos y procedimientos creados por leyes no penales). “Esta modalidad de legislar no respeta los principios de fundamentación técnica y axiológica que un código busca asegurar (armonía, racionalidad, centralización, congruencia, igualdad, vigencia efectiva de las disposiciones de la parte general, certeza, accesibilidad, inteligibilidad, seguridad jurídica, etc.)”.⁵⁰

⁵⁰ Pastor, Daniel R. *Ob. Cit.* Pág. 12.

Además, el modo descodificar es empleado también en las reformas a los propios códigos que, asistemáticamente no respetan los cánones y principios que inspiran al derecho penal, muchas de las modificaciones legales que se introducen al código como reformas, son únicamente disposiciones que son agregadas grosera e irreflexivamente al mismo cuerpo legal, sin observar la coherencia axiológica del mismo. Común a ambos casos y signo distintivo de la legislación descodificada, que abunda en el país, es el debilitamiento de las exigencias del principio nullum crimen en favor de una técnica legislativa.

Entonces nos encontramos frente a una legislación vaga y ambigua que permite captar, por aluvión de prohibiciones inciertas, la mayor cantidad de conducta posibles, en una búsqueda interminable del Estado, por normar la individualidad de la persona. Acabando así con el mandato de determinación, el principio de certeza del derecho y el sentido constitucional de la ley penal previa.

Pensar en una recodificación del Código Penal incluye que el producto de esta recodificación tenga unas características muy específicas, que se resumen en el ideal de poner en sintonía la ley penal con el régimen jurídico de los derechos fundamentales del individuo. Esto mediante una reformulación integral y totalizadora de la legislación penal mediante su integración en un único cuerpo normativo. Así, lo primero que destaca en la recodificación que se propone en este investigación; es la necesidad de impregnar a nuestra legislación punitiva el sesgo liberal del derecho penal moderno, que introduzca alternativas a las penas privativas de la libertad y que unifique la totalidad de la legislación penal, hasta ahora dispersa por la caótica obra descodificadora de las últimas décadas.

Por medio de la recodificación se persigue validar el principio que dispone que la ley penal se refuta conocida y que no se altere el equilibrio y la proporcionalidad que deben guardar entre si las escalas penales de los distintos delitos, así como también el plan de la recodificación persigue que no se obstruya la sistematicidad del régimen punitivo.

“La recodificación penal puede ser vista en la metodología de no introducir conceptos en el código, de modo que la doctrina, y las normas jurídicas no estén encadenadas por definiciones que obstruyan el desarrollo del pensamiento dogmatico que se reflejará después en la evolución jurisprudencial”.⁵¹

La recodificación normativa siempre en consonancia con el espíritu liberal del derecho penal moderno, busca cumplir al máximo con el principio de estricta legalidad en la determinación de las figuras penales sin caer en el casuismo, respetar cabalmente los principios de derecho penal de acto, de culpabilidad, de responsabilidad subjetiva, de lesión y peligro efectivo. Se busca igualmente armonizar el sistema de penas y medidas de seguridad restableciendo la proporcionalidad en las escalas en consonancia con la gravedad de la ofensa y la necesidad de compensar la culpabilidad del autor.

Uno de los puntos culminantes que busca esta propuesta de una recodificación del Código Penal, reside en la idea reductora de la legislación represiva que está implícita en el ideal del derecho penal codificado. En efecto, los fines de integrar y armonizar requieren también que la masa de prohibiciones penales de la actualidad resulte minimizada. El carácter subsidiario y de última ratio del derecho penal ha resultado

⁵¹ Silva Sánchez, J. **La expansión del derecho penal**. Pág. 42.

categoricamente desmentido por la legislación inflacionaria del último medio siglo de disparates legislativos por parte del congreso de la republica. Leyes penales complementarias, normas punitivas especiales, tipos penales incorporados a cualquier régimen jurídico; han invadido todos los rincones de la vida cotidiana con en una búsqueda imprudente para domesticar a los individuos de una sociedad.

Frente a ello, la codificación no implica únicamente la incorporación armónica, sistemática y proporcionada de esas figuras a la parte especial del código, sino también una recodificación integral como la que esta investigación propone. La cual sea compatible con el derecho penal mínimo que reclama la ciencia penal, como único modelo de legislación punitiva adecuado al estado constitucional y democrático del derecho.

4.1 La reserva del Código Penal como mecanismo para evitar la descodificación normativa

La evolución y consolidación de las normas penales demuestra, ante todo, que codificación significa mucho más que una agrupación de normas de una misma materia en un único cuerpo normativo. Tampoco se trata de una búsqueda ingenua y quimérica de perfección y permanencia legislativa. Se trata, antes bien, de conseguir un producto capaz de limitar la arbitrariedad punitiva de un modo realista. “La metodología codificadora es, en este sentido, un instrumento al servicio de la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, y un vínculo estrecho con el constitucionalismo moderno”.⁵²

⁵² Pastor, Daniel R. *Ob. Cit.* Pág. 15

La búsqueda de una recodificación de los dispersos tipos penales regulados en la basta legislación, parece ser un mero ideal, sin embargo no es una idea descabellada; y de ocurrir la recodificación de los tipos penales, esta tendría que ser garantizada con instrumentos jurídicos adecuados, que prolonguen la vida del código unificado, en sus aspectos de integridad y armonía axiológica; y que a toda costa eviten volver a la actual era de la descodificación.

Por ello, la metodología recodificadora planteada en el apartado anterior no puede ser concebida sin todos los instrumentos que brinden al sistema la seguridad de que serán respetados los principios, englobados en el método codificado de legislación, de subsidiariedad(ultima ratio), mínima intervención (derecho penal mínimo), estricta determinación de las prohibiciones penales, del tipo de sanción y de su extensión (legalidad penal) y de simple accesibilidad a la legislación punitiva, que es requisito básico del reproche penal (principio de culpabilidad). Todo ello aun cuando no se trata más que de una tendencia hacia un perfeccionamiento inalcanzable.

Para fijar la codificación deberían ser empleados unos materiales algo infrecuentes. Estos instrumentos pueden derivarse, con dificultades para fundamentarlos y arriesgándose argumentalmente, en la naturaleza constitucional de la codificación, ya señalada. “Por eso también es pensable un compromiso del legislador para que, en modo autolimitación, respete unas reglas imprescindibles para que la codificación sea verdadera, a pesar de que quedara librado a su voluntad suprimirlas con un suave golpe de su pluma legisferante”.⁵³

⁵³ Ibid. Pág. 85.

La herramienta para asegurar la recodificación según indican los estudiosos de la materia es la reserva de código. Bentham ha sido el precursor del principio: Todo lo que no esté en el cuerpo de las leyes no será ley, y no formara parte del ordenamiento jurídico.

Ferrajoli, el mayor y mejor difusor contemporáneo de esta idea, nos habla de la introducción del principio de reserva de código, según el cual todos los delitos y todas las penas deben estar previstos en el Código Penal y que ninguno pueda ser introducido sin modificarlo. Para el maestro de Roma, el fortalecimiento del principio de legalidad material requiere la recodificación sistemática y está la garantía de la reserva de código, para lo cual propone la sustitución de la simple reserva de ley por una reserva de código, en virtud de la cual no podría introducirse ninguna norma en materia de delitos, penas o procesos penales si no es a través del texto del Código Penal o procesal, a aprobar por un procedimiento agravado. Se obtendría así una recodificación de todo el derecho penal sobre la base de una meta-garantía frente al abuso de la legislación especial, idónea para poner fin al caso existente y para proteger los códigos de la arbitrariedad, sobre la base de una meta-garantía

Esta reserva de código se expresa en varios subprincipios que contribuyen a resguardar el derecho codificado. Uno de ellos es, evidentemente el de exclusividad del código. Toda la materia punitiva (parte general, parte especial y ejecución penal) tendría que estar contenida en un único cuerpo de normas, en el cual todas las figuras penales y sus conexiones con las disposiciones generales estén armónica y sistemáticamente ensambladas. No tiene valor en derecho penal ni resultara aplicable norma alguna que no esté contenida en el código.

Para que sea real el anhelo de un derecho penal mínimo y duradero como tal, un nuevo Código Penal producto de una recodificación normativa, debería tener un número máximo de delitos. En esto confluyen las ideas de moderación penal con las que son propias de toda codificación. La exigencia misma de que el derecho penal sea claro y conocido únicamente puede ser cumplida si el número de preceptos es relativamente reducido. A su vez, solo un número respetablemente de figuras penales puede asegurar la interpretación sistemática de todo el cuerpo. Ya lo escribió Alberdi: La idea de un código representa en sí misma la necesidad de abreviar, simplificar y reducir una legislación numerosa y complicada. Así, un código largo es un contrasentido.

Esto impone que el proceso recodificador deba cerrar el camino no solo a la descodificación por la descentralización de un legislar extra-código, sino que debe evitar la expansión intra-código, es decir la alteración excesiva del código con reformas hechas por el congreso. Para ello, el nuevo Código Penal tendría que fijar un número máximo de figuras que no pueda ser superado en el futuro, de modo que cuando resulte verdaderamente necesaria la incorporación de una nueva figura se deberá escoger también la eliminación de una de las existentes.

Dicho alegóricamente, también el legislador penal está limitado a jugar con un número fijo de artículos, de modo que si quiere incorporar uno nuevo debe indicar simultáneamente el nombre del que abandonara en su lugar, en el cuerpo normativo. Esto sirve también para corregir el déficit de la política criminal actual que aumenta desmedidamente el ámbito de lo punible tomando en consideración puntos de vista de justicia y, sin embargo, a pesar de la abierta injusticia de muchas normas penales son derogadas muy pocas.

Si bien no sabemos aun cuales son los alcances del derecho penal mínimo, al menos con el principio del numerus clausus de figuras delictivas a incorporar en el código se puede ya tener el molde en el cual el derecho penal mínimo encontraría su contenido máximo tolerable. Claro es que fijar ese número es también una tarea difícil, con muchas variantes, casi siempre determinadas por mera preferencia, que pueden ser consideradas dentro de lo aceptable, aun en un esquema de derecho penal mínimo. El nuevo Código Penal debería establecer ese número. En verdad, si la recodificación tiene algún sentido sistemático defendible, y creo que ello es evidente es así; solo el libro cerrado asegura la calidad técnica de la obra y su armonía sistemática.

Otro problema vinculado a la reserva de código se refiere a la cuestión de cómo asegurar la codificación sin caer en una paralización y en un estancamiento socialmente inútil de la legislación penal. No es posible desconocer que la cambiante realidad social, con su complejidad y todos sus componentes atendibles (políticos, económicos, culturales, etc.), exigen cambios necesarios y aceptables en la selección de los supuestos a punir, lo cuales por supuesto deben armonizar en total concordancia con la importancia del bien jurídico tutelado y en las demás reglas jurídicas que operan asociadas a ello.

Pero también es cierto que por sus propias circunstancias de funcionamiento y especialmente por tratar de la más violenta de las reacciones sociales, la reforma del régimen punitivo tendría que ser administrada con un análisis, detenido y profundo, acerca de su conveniencia técnica y de sus impacto en el sistema, de modo que ya por naturaleza y definición el derecho penal no puede correr detrás de todos los cambios y latir a la par de ellos. “Por lo contrario, hay que admitir que siempre va a ir detrás y

muy detrás, pues es un instrumento que no resulta competente para las enormes responsabilidades que actualmente, aunque solo sea en símbolos, se le asignan”.⁵⁴

Correcto en esta cuestión es derivar del método codificado y de la reserva de código una regla según la cual, también por auto-limitación parlamentaria, la legislación de la materia penal solo pueda ser reformada una vez al año por una ley general de reforma (subprincipio de concentración de la reforma).

Este método brinda ventajas relevantes, así, por un lado, la incorporación de todas las reformas del código por medio de una sola norma y solo una vez al año es la única manera de asegurar seriamente los principios básicos del sistema penal de accesibilidad y cognoscibilidad sencilla y segura de sus preceptos, superándose de esta forma el actual caos de una legislación que cambia a cada instante, sin permitir su conocimiento adecuado, pues antes de que se lo logre ya ha cambiado otra vez, sin tolerar que estudiantes y profesionales puedan tener sus textos legales al día. Asimismo, por otro lado, esta metodología introduce un importante punto de racionalidad; mínimo pero indispensable, en cuanto al mantenimiento de la sistemacidad del código.

También deberían ser atendidas, por medio del subprincipio de quórum, las propuestas de modificar la legislación penal que ha sido recodificada, pues si es normal que las constituciones exijan mayorías calificadas para otras materias, resulta indudable que, por analogía en favor de los individuos y para garantizar el mandato constitucional que impone el método codificado para la legislación penal; se debería reclamar una

⁵⁴ Pastor, Daniel R. **Ob. Cit.** Pág. 18.

mayoría de las dos terceras partes de los miembros del congreso, para la aprobación de cada Ley Anual de Reforma de la Legislación Codificada del sistema punitivo.

4.2 Consideraciones sobre el bien jurídico tutelado y su análisis desde la perspectiva del principio de intervención mínima

Von Liszt, define al bien jurídico tutelado como: un interés vital para el desarrollo de los individuos de una sociedad determinada, que adquiere reconocimiento jurídico. De la definición dada tenemos que el bien jurídico es un a) interés vital que preexiste al ordenamiento normativo, pues tales intereses no son creados por el derecho sino que este los reconoce, y, mediante ese reconocimiento, es que esos intereses vitales son bienes jurídicos; b) la referencia a la sociedad determinada nos señala que ese interés que es fundamental en un determinado grupo social y en un determinado contexto histórico, puede no serlo en otro, por esa razón es discutible la idea de que existan intereses universales y eternos; c) la idea de que el bien es un interés reconocido por el ordenamiento jurídico nos lleva a preguntarnos qué rama del ordenamiento jurídico es la que “crea” los bienes jurídicos, La respuesta nos indica que no es el derecho penal el que crea bienes jurídicos,. “El bien jurídico es creado por el derecho constitucional y el derecho internacional”.⁵⁵

La parte especial del Código Penal, correspondiente al libro segundo, expone los delitos. Esa exposición está orientada por los bienes jurídicos a los cuales las conductas tipificadas lesiona. Este modo de clasificación de los delitos de remonta, en la doctrina internacional, a Giovanni Carmignani, ilustre representante de la escuela

⁵⁵ García Pablos, Antonio. **Tendencias del actual derecho penal.** Pág. 24.

toscana del derecho criminal. Se afirma, con razón, que el orden en el cual aparece cada bien jurídico demuestra una valoración por parte del legislador, es decir, los bienes jurídicos que primero aparecen son los de mayor importancia.

Esta enumeración de delitos reconoce la siguiente clasificación: se toman en un mismo título los delitos que dañan un mismo bien jurídico o, excepcionalmente, se toma como parámetro al titular de los bienes jurídicos lesionados, como así lo hacen los títulos correspondientes a los delitos contra las personas, delitos contra la administración pública y delitos contra los poderes públicos, luego, dentro de cada título, encontramos diferentes capítulos, en los cuales se subclasifican los delitos que lesionan un mismo bien jurídico de acuerdo al modo de ataque, o de acuerdo a una fragmentación del bien jurídico genérico.

Se suele decir que existen bienes jurídicos individuales y bienes jurídicos estatales. Los primeros se referirían a intereses directamente del hombre en su individualidad como persona y efectos puramente sociales y familiares; y los segundos, a intereses del Estado de dos formas: la primera responde a este como un ente propio; sujeto de derechos y obligaciones, y una segunda, el Estado como ese ente encargado de velar por el bien común de acuerdo a todas esas facultades y obligaciones que la constitución le otorga al mismo para proteger los intereses del colectivo que constituye la población del territorio que constituye al mismo.

Sin embargo esta investigación considera que la titularidad del bien jurídico pertenece siempre al individuo, no al Estado. Ello así en razón de que desde una óptica liberal, como ya lo hemos afirmado, “el bien jurídico debe servir solo a la empresa de limitar el

poder del Estado, y si este viene a erigirse en titular de todos los bienes jurídicos, esa función garantizadora desaparecería, o peor, daría un giro de ciento ochenta grados para transformarse en un instrumento útil para expandir el poder estatal”.⁵⁶

El concepto de bien jurídico según Hans Joachim Hirsch tiene que agradecer su origen a la aspiración de establecer límites al derecho penal. Tiene una vida aparejada a los esfuerzos por desarrollar un concepto material de delito. Para J.M. Birnbaum, el creador alemán de la teoría del bien jurídico al tratar el delito como lesión, entonces ese concepto se debe extraer naturalmente no de un derecho sino, de un bien.

Un control inefectivo sobre las conductas trasgresoras, unido a otros factores de orden objetivo y espiritual ha convertido al derecho penal no solo en la principal arma de freno sino, que en ocasiones ha pasado a ser la única variante de control de la criminalidad. En buena medida debe su sobredimensionamiento a la ineficacia de otros controles que podrían actuar de una forma menos traumática.

El derecho penal por sí solo no puede combatir con éxito las causas del delito y lograr su total erradicación. La sociología por ejemplo le brinda argumentos y técnicas de solución, métodos eficaces para un combate complejo. La sociología investiga en general las causas, las condiciones sociales, los factores de grupo de la desviación de las normas y entre ellos, de las normas de derecho y particularmente de los referentes al derecho penal.

Necesariamente ha de existir el derecho penal, pero no debemos tenerlo siempre a mano para la primera transgresión del orden establecido por las leyes. El derecho

⁵⁶ Leyva Estupiñan, Manuel. Derecho penal mínimo. <http://www.monografias.com/trabajos37/derecho-penal-minimo/derecho-penal-minimo.shtml> (21 de mayo 2013).

penal debe tener que ser la última de las respuestas, no debemos olvidar que afecta bienes tan sagrados como la libertad, el patrimonio e incluso la vida.

Ahora bien, la aplicación en su mínima expresión del derecho penal lleva a plantearse en primer lugar cuales conductas van a reprimirse y qué criterios se han de tener en cuenta para hacer una selección de tal magnitud. Las funciones de tutela del derecho penal no son satisfechas por las penas sino por las prohibiciones en la medida en que se considere que las penas son instrumentos idóneos, al menos en parte, para hacer respetar las prohibiciones, es decir, en la medida en que se acoja el paradigma general preventivo de la función de las penas.

“La figura del bien jurídico tutelado se alza como el elemento principal a tener en cuenta a la hora de aplicar o no el derecho penal. Pero aparejado a esto hay que entrar a valorar cual bien hemos de considerar como bien jurídico, y dentro de estos valorar cuales merecen la tutela penal”.⁵⁷

4.3 Bienes tutelados que pueden ser objeto de una recodificación normativa de tipos penales

Actualmente el Código Penal en su parte especial que comprende desde el Artículo 123 al 499, regula los delitos y las penas correspondientes a la comisión de los mismos, y, los bienes jurídico tutelados que la legislación penal guatemalteca considera que son los más importantes.

A continuación se enumeran los bienes jurídicos tutelados que se regulan el Código Penal, los cuales son: a) La vida y la integridad de la persona, b) la seguridad del

⁵⁷ Dorado Montero. *Del derecho penal represivo al preventivo*. Pág. 316.

tránsito, c) el honor, d) la libertad e indemnidad sexual de las personas, e) la libertad y la seguridad de las personas, f) la libertad de culto y el sentimiento religioso, g) la inseminación, h) el orden jurídico familiar y el estado civil, i) el patrimonio, j) los derechos de autor y la propiedad industrial, k) seguridad colectiva, l) los medios de comunicación, transporte y otros servicios públicos, m) la salud pública, n) la fe pública y el patrimonio nacional, ñ) la economía nacional, el comercio, la industria y el régimen tributario, o) la seguridad del Estado, p) las relaciones exteriores del Estado, q) el orden institucional, r) el orden público, s) la seguridad electoral, t) la administración pública, u) la administración de justicia, y, a partir del Artículo 480 el libro tercero que regula todo lo referente a las faltas cometidas contra las personas, la propiedad, las buenas costumbres, los intereses generales, el régimen de las poblaciones y el orden público.

En el capítulo 3º de esta investigación tuvimos la oportunidad de ahondar en un buen grupo de las denominadas leyes especiales que existen en el país; ya sean penales o de otra índole, y que en particular regulan tipos penales, como es el tema principal de esta investigación.

Este trabajo de investigación es partidario de la unificación del Código Penal en lo que hemos denominado una recodificación normativa. Después de haber analizado algunas leyes especiales en el respectivo apartado y haber indagado en otros cuerpos legales. Esta investigación llegó al planteamiento que: muchos de los delitos descodificados en ley especial, pueden ser objeto de inclusión en el Código Penal, puesto que muchos de los bienes tutelados en dichas normativas, son bienes tutelados también regulados en nuestra ley penal, o que si bien no lo están; el mismo código podría albergarlos dentro de su contenido.

De lo anterior se desprende el siguiente análisis, que tiene por objeto: exteriorizar sobre la posibilidad de incorporar en el Código Penal; los delitos tipificados en ley especial, que a continuación se describen, en el bien jurídico tutelado correspondiente, o proponer la inclusión en uno nuevo.

- La Ley Contra la Narcoactividad, Decreto 48-92, es una de las leyes especiales más importantes del actual ordenamiento jurídico. Como ya mencionamos en este trabajo en el Capítulo 3º algunos de los bienes jurídicos tutelados dentro de esta ley son: la seguridad, el bienestar social y primordialmente la salud. Como muchas otras leyes especiales, el Decreto 48-92 contiene un buen número de tipos penales, los cuales podrían ser objeto de una recodificación normativa dentro del Código Penal; bajo el apartado de salud publica el cual ya es un bien jurídico tutelado en la legislación actual.
- La Ley Contra el Femicidio y Otras Formas de Violencia Contra la Mujer, Decreto 22-2008. Dentro de su articulado únicamente incluye tres tipos penales, los cuales básicamente desde un punto de vista jurídico, solo constituyen una forma agravada de asesinato, el delito de lesiones leves, y, el de agresión. Por lo que los delitos desarrollados en esta ley podrían ser fácilmente codificados dentro del Código Penal bajo el bien jurídico tutelado de la vida y la integridad de la persona.
- La Ley de Armas y Municiones, Decreto 15-2009, constituye una de las leyes penales especiales más importantes de la legislación guatemalteca. Dentro de su articulado se regulan aspectos muy importantes sobre la portación y tenencia de armas de fuego, y como es lógico también desarrolla una gran cantidad de tipos

penales de vital importancia para la regulación sobre la tenencia de armas de fuego, lo cual en este país se reviste de gran interés por los altos índices de violencia.

Este trabajo de investigación considera que es imperativo integrar los tipos penales regulados en esta ley a el Código Penal, ya sea colocándolos bajo el apartado de seguridad colectiva, el cual ya es un bien jurídico tutelado dentro del código; o bien incluyendo un nuevo bien jurídico tutelado que podría ser denominado Delitos de la portación, tenencia y comercialización de armas de fuego.

- La Ley Contra el Lavado de Dinero u Otros Activos, Decreto 67-2001. Es una ley penal especial de ámbito económico-tributario que busca la protección de la economía nacional a través la observancia de una adecuada tributación. Este cuerpo legal dentro de sus muchas disposiciones agrega un tipo penal más a la legislación; que en este caso es el delito de lavado de dinero u otros activos, y que dentro de su articulado hacer una larga y detallada explicación de sus alcances y forma de comisión. Esta investigación en su orientación recodificadora de la legislación penal, sostiene que sería importante agregar este tipo penal al código bajo el bien jurídico tutelado de la “economía nacional”, por la importancia y revuelo que en la actualidad conlleva.
- La Ley Contra la Delincuencia Organizada, Decreto 21-2006. Es otra de las leyes penales especiales que existen en el ordenamiento jurídico, con una particularidad en lo que se refiere al fenómeno de la descodificación que es el terma central de esta investigación. Como todas las demás leyes penales además de incorporar una nueva cantidad de tipos penales especializados en materia de crimen organizado;

cuenta con la particularidad de también incorporar otros medios de prueba independientes de los regulados en el código procesal penal; en lo que podríamos mencionar como un nuevo elemento de la descodificación.

La razón de estos medios de prueba descodificados, tienen su razón de ser en lo que se refiere a la vanguardia de los mismos, ya que en estos el investigador del ministerio público entra en contacto directo y participa con los grupos delictivos para obtener información eficaz para la captura. Como logra abstraerse de las líneas que anteceden la descodificación del Código Penal ha llegado más allá de solamente incorporar delitos al derecho penal como hemos visto ya existe otro tipo de elementos descodificados de los diferentes cuerpos legales que rigen el actual ordenamiento.

- La Ley Contra la Defraudación y el Contrabando Aduanero, Decreto 58-90. Es una ley penal especial de tipo económico-tributario, su fin constituye coadyuvar a fortalecer la economía del país y contribuir con recaudación de impuestos del Estado. Esta ley contiene algunos tipos penales como se logra suponer por su orientación axiológica; esta investigación considera que los delitos tipificados en esta ley son fácilmente recodificables dentro del Código Penal, claramente dentro del apartado que tiene por bien jurídico tutelado la economía nacional y el régimen tributario.
- La Ley de Areas Protegidas, Decreto 4-89, así como La Ley Forestal, Decreto 101-96; ambas son leyes especiales dentro de la legislación que regulan aspectos especializados relacionados con la protección del medio ambiente pero no son leyes de tipo penal. Sin embargo esta investigación luego de indagar dentro del

articulado de ambas leyes descubrió que en ambos cuerpos legales se regulan tipos penales, completamente diferentes a los regulados en el Código Penal; lo cual es comprensible puesto que el medio ambiente es de suma importancia en cualquier país del mundo.

Como se desprende de las líneas anteriores este trabajo de investigación considera que es imperativo que los delitos regulados en las leyes mencionadas, sean codificados dentro del Código Penal muy consecuentemente dentro del apartado que regula el bien jurídico tutelado del medio ambiente.

- La Ley de Bancos y Grupos Financieros, Decreto 19-2002. Es una ley especial que regula aspectos netamente relacionados con la economía y el derecho bancario, esta tampoco es una ley penal sin embargo dentro de su articulado regula el delito de intermediación financiera. Este tipo penal ha sido criticado por los juristas del país puesto que en su definición la ley se toma una cantidad exagerada de líneas describiendo el delito así como las distintas formas en que puede cometerse, lo cual denota una técnica muy pobre de legislar. En lo que se refiere a este trabajo de investigación consideramos que es necesario incluir este delito dentro del Código Penal con una redacción propia y acorde a los principios del derecho penal.
- La Ley de Migración, Decreto 95-98. La Ley de Migración es una ley especial que regula aspectos relacionados con las relaciones de Guatemala con otros estados. Este cuerpo legal es otro caso que ilustra la descodificación de tipos penales en leyes que no son de ámbito penal, ya que en dicho cuerpo legal son varios los delitos y las faltas que se incluyen dentro de su articulado.

Esta investigación considera que también es necesario incorporar los ilícitos penales contenidos en esta ley, como parte del actual Código Penal en lo que podría titularse delitos contra la política migratoria como un nuevo bien jurídico tutelado en ese cuerpo legal.

4.4 El principio de intervención mínima como base para una recodificación del derecho penal

El principio de intervención mínima se vincula a la selección de bienes jurídicos dignos de tutela penal. Incide en la dicotomía penalización – despenalización; en la que hay que optar por la despenalización, más, que por la criminalización; como nos enseñan las actuales corrientes del derecho penal moderno.

Dicho de una manera sencilla, hablar de derecho penal mínimo es llevar a la esfera de aplicación del derecho penal, el mínimo de conductas de las que podrían considerarse como transgresoras de la ley.

“En la evolución del ius puniendi podemos apreciar que la evolución de este no ha sido lineal, pacífica y que por demás no apunta a límites concretos, hay quienes afirman que el derecho penal será reemplazado por un nuevo derecho correccional construido sobre bases positivistas”.⁵⁸

El derecho penal no es el único medio de control social. Entonces los tratadistas que no son partidarios del derecho punitivo apuntan que no es necesario hacer un uso extensivo de este, y que la solución radica en buscar métodos alternativos. Los bienes jurídicos tienen en el derecho penal un instrumento para su protección, pero no es el

⁵⁸ Reyes Santana, Jorge. *Derecho Penal mínimo*. Pág. 12



único. Este derecho no interviene en las primeras fases del delito sino una vez que este se ha manifestado.

Dada la gravedad del control penal no es posible utilizarlo frente a todas las situaciones, el Estado dejaría de ser de derecho, los ciudadanos vivirían bajo la amenaza penal, la inseguridad en vez de la seguridad y el Estado en vez de ser un estado de derecho se convierte así, de esta manera en un estado policía.

El derecho penal mínimo surge en Europa del sur y es la que mayores influencias ha ejercido en América Latina; se orienta hacia la reducción de la pena con intención de abolirla. Plantea que las clases subalternas, son las más criminalizadas y las más victimizadas; parte de una crítica al sistema penal y plantean su abolición para unos de la cárcel y para otros del sistema penal total, pero deberá transitar por un periodo en el que paulatinamente vaya reduciéndose al mínimo.

Según el principio de intervención mínima, el derecho penal debe ser la ultima ratio de la política social del Estado para la protección de los bienes jurídicos más importantes frente a los ataques más graves que puedan sufrir, por parte de los propios miembros del grupo social. La intervención del derecho penal en la vida social debe reducirse a lo mínimo posible.

Según el principio de subsidiariedad el derecho penal ha de ser la ultima ratio, el último recurso a utilizar a falta de otros menos lesivos. El llamado carácter fragmentario del derecho penal constituye una exigencia relacionada con la anterior. Ambos postulados integran el llamado principio de intervención mínima. Que el derecho penal solo debe proteger bienes jurídicos no significa que todo bien jurídico haya de ser protegido

penalmente, ni tampoco que todo ataque a los bienes jurídicos penalmente tutelados deba determinar la intervención del derecho penal.

“El principio de intervención mínima, que es el último término en el reconocimiento de un cierto déficit de legitimación del derecho penal, que llegaría de la mano de la recíproca interacción entre la gravedad de las sanciones susceptibles de imponerse a los ciudadanos a través de este subsistema de control social y la limitada eficacia social a él atribuida”.⁵⁹

En virtud surgen dos subprincipios, el de carácter fragmentario del derecho penal, que constriñe esta a la salvaguarda de los ataques más intolerables a los presupuestos inequívocamente imprescindibles para el mantenimiento del orden social, y el de subsidiariedad, que entiende el derecho penal como último recurso frente a la desorganización social, una vez que han fracasado o no está disponible otras medidas de política social, el control social no jurídico, u otros subsistemas de control social jurídicos. Mir Puig, no hace distinciones, aunque llega a afirmar que “el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, posee un fundamento plural que procede de los tres principios de la fórmula, siempre presente en este autor, de un estado social, democrático y de derecho”.⁶⁰

La definición de un derecho penal mínimo como modelo ideal de derecho penal ha vuelto a traer a la realidad los debates sobre los medios para limitar el poder de sancionar, con nuevos formulamientos. En esta línea, Silva Sánchez afirma que el derecho penal que debe cumplir el fin de reducción de la violencia social, ha de asumir

⁵⁹ *Ibid.* Pág. 92.

⁶⁰ Mir Puig, Santiago. *Derecho penal parte general.* Pág. 75

también, en su configuración moderna, el fin de reducir la propia violencia punitiva del Estado. Esta reducción tiene lugar por dos maneras: sobre la base del principio utilitarista de la intervención mínima y sobre la base de los principios garantísticos individuales.

En consecuencia, del derecho penal debe utilizarse solo en casos extraordinariamente graves (carácter fragmentario) y cuando no haya más remedio, y se hayan agotado todas las medidas de seguridad que el ordenamiento permite según el caso, incluyendo aquellos arreglos facilitados por la misma ley, como: la mediación; y que por haber fracasado ya otros mecanismos de protección menos gravosos para la persona (naturaleza subsidiaria).

- a) Cuando se afirma que el derecho penal tiene un carácter fragmentario, se quiere indicar que este solo debe intervenir frente a aquellos comportamientos que atenten a las reglas mínimas de la convivencia social (esto es, a los bienes o valores jurídicos fundamentales de la persona y de la sociedad), siempre y cuando, además, dichos comportamientos se lleven a cabo de una forma especialmente graves.
- b) Cuando se afirma que el derecho penal es la ultima ratio del ordenamiento jurídico se quiere indicar que la intervención penal (prevención del delito a través de la pena solo es lícita en aquellos supuestos en los que el Estado, previamente, ha agotado todas las posibilidades no penales para la prevención del delito (culturales, educacionales, asistenciales, de política general) y pese a todo, de ahí su naturaleza subsidiaria, persisten los conflictos agudos de desviación.



Se trata de identificar las causas del delito desde dos aspectos fundamentales: de una parte del conocimiento de los procesos de criminalización y por otra parte la identificación de los comportamientos socialmente negativos. Señalan la importancia y la necesidad de la interdisciplinariedad interna (propio de la sociología jurídico-penal) y de la interdisciplinariedad externa es decir, del tratamiento de lo penal desde otras disciplinas.

Evidentemente, poner en práctica, con seriedad, del principio de intervención mínima del derecho penal (en sus dos facetas), resulta en muchos casos extraordinariamente difícil, principalmente en un sistema como el guatemalteco, donde hay muchos intereses en juego, y la violencia actúa fuera de control. Sin embargo, el legislador debería tener presente:

- a) Que el carácter fragmentario del derecho penal exige poner en práctica de un amplio proceso de despenalización de comportamientos considerados en la actualidad como delictivos (sobre todo en materia de delitos contra la propiedad, que es donde se deja sentir con más intensidad la falta de respeto al mencionado principio).
- b) Que dicho carácter fragmentario, sin embargo, no puede ser utilizado como excusa para no acometer la penalización de otros hechos socialmente dañosos que en la actualidad escapan a la esfera penal y que, por su carácter lesivo para los bienes jurídicos colectivos (con trascendencia individual), han de ser prevenidos por un derecho penal que asuma plenamente la función promocional que le corresponde en un Estado que se proclama social y democrático de derecho.

Sin embargo, el principio de intervención mínima precisa de una renovación y profundización conceptuales, en la medida en que no cabe ignorar que padece en la actualidad un implícito cuestionamiento. Este deriva, por un lado, de la potenciación que están experimentando los efectos simbólicos del derecho penal y, por otro, de la perplejidad que suscita la creencia de que cuando los demás subsistemas de control social no funcionan, o lo hacen insuficientemente.

La intervención penal no es positiva en el infractor. Lejos de socializarse se estigmatiza, mancha en vez de limpiar. Crea la pena, en la persona del delincuente una desviación sugiriéndole un comportamiento futuro de acuerdo a su nuevo estatus. Como diría Antonio Pablos García; a menudo no es la comisión de un delito el obstáculo real para reinserción social del infractor, sino el hecho de haber padecido una pena, el verdadero obstáculo.

El principio de intervención mínima representa un límite coherente con la lógica del Estado contemporáneo, que busca el mayor bienestar desde el punto de vista del bien común, armonizado con el menor costo social, de acuerdo con los postulados utilitaristas.

Los sistemas penales no resuelven el problema que genera el delito en la sociedad, con la pena privativa de libertad. Ningún sistema sancionador garantiza su función protectora sobre la base de eliminar todas las infracciones normativas. De ello se desprende que la intervención estatal ha de ser mínima y sometida a límites eficaces: una intervención selectiva, subsidiaria, porque el derecho penal significa ultima ratio, no la respuesta natural y primaria al delito. Buscando en la persona del infractor una real

resocialización, y no una persona que masculla sus odios sobre un sistema que al sancionarlo lo estigmatiza.

Cuando el fenómeno de la resocialización se nos presenta en la práctica como inquietud ante las condiciones sociales de la delincuencia, la sociología enfoca más que nada las causas de la misma como actitud desviada, pero en su análisis aflora el que, el cómo y el de qué forma llegar a ella. “Las críticas a la resocialización del delincuente no solo se dirigen contra la resocialización como tal sino también contra el medio o sistema empleado para conseguirla: el tratamiento penitenciario. La privación de la libertad no solo es un obstáculo para un tratamiento resocializador, sino que tiene además, efectos negativos contrarios a la resocialización”.⁶¹

Descriminalizar no puede ser sino excluir una conducta del ámbito de la pena criminal, sin perjuicio de integrarla en otras esferas del derecho punitivo; mientras que despenalizar es erradicarla totalmente de este.

La despenalización implica la renuncia, por parte del Estado, a toda potestad y, por consiguiente, a toda competencia sancionadora, sin embargo, la problemática del cambio de competencia puede subsistir, si subsisten consecuencias jurídicas no penales de la conducta despenalizada.

⁶¹ Casell López, Magaly. **La política criminal.** Pág. 70.

CONCLUSIONES

1. La descodificación de tipos penales ha proliferado en Guatemala en los últimos años, esto debido a la falta de técnica jurídica y desconocimiento, de los que sufren los legisladores en relación al derecho penal. Esta situación ha generado la creación de cuerpos legales de mala calidad, que contribuyen al deterioro del estado de derecho y fomentan la inseguridad jurídica.
2. El exceso de leyes especiales que se han creado en los últimos años, en las cuales se regulan tipos penales; promueven su desconocimiento dentro de la población y posibilitan la falta de observancia de dichas conductas delictivas. Esto debido a que las normas descodificadas no son parte del cuerpo legal pertinente.
3. El fenómeno de la descodificación ha provocado una intromisión excesiva por parte del Estado a la vida privada de las personas. Intromisión, que parte de la nula creación de alternativas por parte del legislativo, para contrarrestar las diversas formas de violencia e inseguridad que reinan en el país.
4. La creación de leyes especiales que no son de naturaleza penal, en las que se regulan conductas delictivas. En la mayoría de casos no son elaboradas en concordancia con el resto de la legislación sobre la materia; por lo que estas leyes especiales degeneran en normas jurídicas que no son aplicables, ni de observancia en la sociedad guatemalteca





RECOMENDACIONES

1. Es imperativo que el Congreso de la República recodifique el Código Penal; a modo de incluir en su contenido, los tipos penales que se encuentran regulados en otras leyes, de las denominadas especiales. De esta forma puede solucionarse el problema que la descodificación representa para la legislación del país.
2. Para controlar el fenómeno de la descodificación, puede crearse una iniciativa de ley en el Congreso de la República, que implemente una reserva del Código Penal, para evitar la tipificación de un exceso de hechos antijurídicos y así mantener el equilibrio de la cantidad de delitos que se incluyen en ese cuerpo legal.
3. Que de ser estrictamente necesario regular tipos penales en leyes especiales, se nombre una comisión en el Congreso de la República que abogue porque las conductas delictivas a incluir en dicho cuerpo legal; guarden concordancia con el resto del ordenamiento jurídico que sirve de marco legal al derecho penal guatemalteco.
4. Para disminuir la actual descodificación que existe en las leyes guatemaltecas, es necesario que los miembros del Congreso de la República, utilicen métodos alternativos para reprimir las conductas delictivas; poniendo en práctica el principio de intervención mínima del derecho penal atendiendo la importancia del bien jurídico tutelado.





BIBLIOGRAFÍA

- ANZOÁTEGUI, Víctor. **Revista histórica del derecho**. Editorial Iberoamericano, Valladolid 1998.
- ARRIOLA, Jorge Luis. **Gálvez en la encrucijada**. Editorial Costa Amic, México 1961.
- BALSELLO TOJO, Alfredo. **Guatemala- Memoria del silencio**. Editorial Sntizo, Guatemala 199.
- BARRIENTOS PELLECCER, Cesar Ricardo. **Poder judicial y estado de derecho**. 1ª edición, Guatemala. Magna Terra editores, 2000.
- BARRIENTOS, Claudia Esther, **El nuevo código penal guatemalteco**, Tesis de licenciatura, Guatemala 2010.
- BRAMONT ARIAS, Luis & María García Cantisano. **Manual de Derecho Penal (Parte Especial)**. 4ta ed., Perú, Editorial UNMSM 1998.
- BRAVO LIRA, Bernardino. **Más allá de los códigos**. Ediciones universitarias de Chile, Santiago 2009.
- CANNATA, Claudio Augusto. **Historia de la ciencia jurídica**. Editorial Tecnos, Madrid 1996.
- COING, Helmut. **Derecho privado europeo I**. Editorial Notarial, Madrid 1997.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. 4ª edición, Editorial Uno, Argentina, 1996.
- DE LEÓN VELASCO, Héctor Aníbal y José Francisco de Mata Vela. **Derecho penal guatemalteco**. (Parte general y parte especial) 14a. edición; Guatemala: Ed. F&G Editores, 2003.
- DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis. **Anuario de derecho civil**. Editorial Superior, Granada 1995. .
- DORADO MONTERO, Pedro. **Del derecho penal represivo al preventivo**. Editorial Castellán, Salamanca 1961.
- FERREIROS, Aquilino. **La creación del derecho español**. 2ª ed. Editorial Estatal, Barcelona 1992.
- FIOVARANTI, Maurizio. **Los derechos Fundamentales**. 3ª ed. Editorial Continental, Madrid 2009.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro. **La codificación civil**. 1ª ed. Editorial Universitaria de Valparaíso. Chile 2002.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro. **La recodificación del derecho civil chileno**. Editorial Jurídica de Chile. Santiago 2000.
- GROSSI, Paolo. **Mitología jurídica de la modernidad**. Editorial Trotta, Madrid 2003.

- HURTADO AGUILAR, Hernán. **Derecho Penal Compendiado**. 1ª edición, Editorial Centroamericana, Guatemala 1979.
- IRTI, Natalino. **La edad de la descodificación**. 4ª ed. Editorial Giuffre. Milan 1999.
- LEYVA ESTUPIÑAN, Manuel. **El derecho penal mínimo**. <http://www.monografias.com/trabajos37/derecho-penal-minimo/derecho-penal-minimo.shtml> [Consulta 21-05-2013].
- MACHICADO, Jorge. **La codificación**. <http://jorgemachicado.blogspot.com/2009/10/ccr.html>. [Consulta 28-02-2013]
- MARTINEZ, Camilo. **Las leyes especiales** <http://www.buenastareas.com/ensayos/Leyes-Especiales/2003955.html> [Consulta 28-02-2013]
- OSSORIO SANDOVAL, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. 9ª edición, Editorial Heliasta. Argentina 2001.
- PASTOR, Daniel R. **La recodificación penal en marcha**. Editorial Argos. Argentina 2005.
- PEIRANO Facio, Jorge. **La descodificación en el derecho actual**. Editorial del Sur. Buenos Aires 2009.
- PIAGGIO, Anibal Norberto. **La codificación, Raíces y perspectivas**. Editorial Católica, Buenos Aires 2005.
- RAMIREZ, Juan Manuel. **El llamado derecho penal especial**, 2ª ed. Editorial Universitaria Potosina. San Luis Potosí 1997.
- RENDON, Ariel. **Derecho penal**. <http://www.infoderechopenal.es/2013/03/clases-de-leyes-penales.html> [Consulta 28-05-2013]
- SILVA SANCHEZ, J. **La expansión del derecho penal**. Editorial Gallardo. Madrid 2001.
- VIEQUES, Rocilyn. **Derecho Justiniano**. <http://www.buenastareas.com/ensayos/Derecho-Justiniano/2658470.html> [Consulta 18-05-2013]
- VILLACORTA, Antonio. **Historia de Guatemala 1821-1921**. Editorial Kamar, Guatemala 1995. 188 Págs.
- VILLELA ROSAS, Luis Enrique. **Los jueces de paz y la competencia**. Tesis de licenciatura. Guatemala 2009.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de derecho penal, parte general**. 2ª edición Tomo II, Editorial Crea, México, 1990.



Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

Código Penal de Guatemala. Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala y sus reformas.

Ley de Armas y Municiones. Congreso de la República, Decreto 2-89, 1990.

Ley Contra la Defraudación y el Contrabando Aduanero. Congreso de la República, Decreto 58-90, 1990.

Ley Contra la Delincuencia Organizada. Congreso de la República, Decreto 21-2008, 2008.

Ley para Prevenir Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar. Congreso de la República, 97-96, 1996.

Ley Contra el Lavado de Dinero u Otros Activos. Congreso de la República, 67-2001, 2001.