

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

**ANÁLISIS JURÍDICO DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN LA
POLÍTICA CRIMINAL DEL ESTADO DE GUATEMALA**

JERÓME AFRE HERNÁNDEZ

GUATEMALA, FEBRERO 2014

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

**ANÁLISIS JURÍDICO DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN LA
POLÍTICA CRIMINAL DEL ESTADO DE GUATEMALA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Por

JERÓME AFRE HERNÁNDEZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, febrero 2014

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

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

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic. Gerardo Prado
Secretario:	Lic. Armando Dagoberto Palacios Urizar
Vocal:	Licda. Vilma Karina Rodas Recinos

Segunda Fase:

Presidente:	Lic. Daniel Mauricio Tejeda Ayescas
Secretario:	Licda. Telma Annabella González Alonzo
Vocal:	Lic. Héctor David España Pineta

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)



LIC. ANDREY GUSTAVO EDWING CAMARGO PEREZ
ABOGADO Y NOTARIO

Colegiado 7,938

6ª. Avenida 11-96 zona 1, Escuintla Tel. 55730235

Email. gustavl@hotmail.es

Guatemala 07 de mayo del 2013

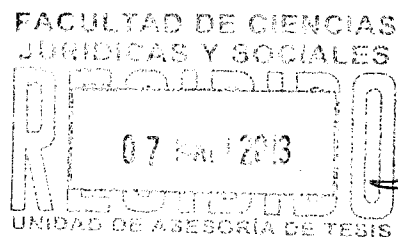
Honorable

Dr. BONERGE AMILCAR MEJIA ORELLANA

Jefe de la Unidad Asesoría de Tesis

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad de San Carlos de Guatemala



Doctor Mejía Orellana:

Respetuosamente comparezco ante usted para ~~rendir dictamen en relación al~~ asesoramiento brindado al estudiante JERÓME AFRE HERNÁNDEZ, en la elaboración del trabajo de tesis intitulada **“ANÁLISIS JURÍDICO DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN LA POLÍTICA CRIMINAL DEL ESTADO DE GUATEMALA”**, y para el efecto me permito manifestar lo siguiente:

El trabajo de tesis realizado por el estudiante Jeróme Afre Hernández a juicio de esta asesoría, contiene todos los elementos necesarios exigidos por el Normativo de Tesis de esa facultad, especialmente el artículo 32 del Normativo para Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Público”

- a) La investigación contiene información en derecho penal del enemigo como derecho de tercera generación, el cual técnicamente es de aplicabilidad en legislaciones de otros Estados.
- b) Las metodologías utilizadas son de inducción y deducción y técnicas de investigación comparativa.
- c) Sobre la redacción del texto puedo argumentar que está acorde a las exigencias estandarizadas de nuestro idioma español, en forma coherente.



- d) La contribución científica del presente trabajo es demostrar que El Derecho Penal del Enemigo está de manera sistemática dentro de nuestra legislación y su utilidad al ordenamiento jurídico penal.

- e) En las conclusiones y recomendaciones se propone la utilización del Derecho penal del enemigo dentro de sus aspectos preventivos de delitos graves futuros.

- f) Por lo señalado anteriormente y a juicio del suscrito, la investigación de mérito constituye un verdadero aporte a la bibliografía penal en beneficio del pueblo de Guatemala.

Es todo cuanto debo de informarle, aprovechando la oportunidad para manifestarle mis más altas muestras de consideración y respeto.

Atentamente:

Lina María
Lina María Gilman Fernández
ABOGADO Y LEYADO



[Handwritten mark]

DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 02 de septiembre de 2013.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante JERÓME AFRE HERNÁNDEZ, titulado ANÁLISIS JURÍDICO DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN LA POLÍTICA CRIMINAL DEL ESTADO DE GUATEMALA. 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.

[Handwritten signature]

[Handwritten signature]
Lic. Avidán Ortiz Orellana
DECANO



[Handwritten signature]
SECRETARIA





DEDICATORIA

- A DIOS:** Quien ha dirigido todos mis actos en la vida, en este logro y a quien pertenece mi triunfo.
- A MI MADRE:** Candelaria Hernández Estrada, por su esfuerzo, su entrega, su amor, y su dedicación para hacerme un hombre de bien.
- A MI FAMILIA:** Por su apoyo incondicional, especialmente a mi tía Rosa Hernández de Rodas.
- A MI ESPOSA:** Por su paciencia, tolerancia, y apoyo moral.
- A MIS HIJOS:** Como ejemplo a sus aspiraciones profesionales.
- A MI ASESOR:** Lic. Andrey Gustavo Edwing Camargo Pérez, por su ayuda profesional y su amistad.
- A MIS AMIGOS:** Licenciados: Dagoberto Gutiérrez Castillo, Orlando Salvador López, Rember Aroldo Larios Tobar, Judy Marroquín de Manzo, Edgar Armindo Castillo Ayala, Erick Israel De León Rojas, Gisela Rodas Barquero, Hilda Elizabeth Pineda García, Oscar Humberto Barillas Reyna, Erick Ovidio Chojolán Palma
- A:** La Universidad de San Carlos de Guatemala, en especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. Derecho penal del enemigo.....	1
1.1. Definiciones.....	1
1.2. Función del derecho penal del enemigo.....	13
1.3. Naturaleza del derecho penal del enemigo.....	19
1.4. Finalidad del derecho penal del enemigo.....	22

CAPÍTULO II

2. Antecedentes del derecho penal del enemigo.....	25
2.1. Diferencia del derecho penal del enemigo con el derecho penal del ciudadano	31
2.2. Consideraciones criminológicas del derecho penal del enemigo	36
2.3. Críticas sobre el Derecho Penal del enemigo.....	40

CAPÍTULO III

2. El Derecho penal del enemigo y su colisión legal.....	49
3.1. Constitución Política de la República de Guatemala.....	50
3.2. Instrumentos internacionales en materia de derechos humanos	61
3.2.1. Declaración Universal de los Derechos Humanos.....	63



Pág.

3.2.2. Convención Americana de Derechos Humanos.....	65
3.3. Ley Contra La Delincuencia Organizada.....	71

CAPÍTULO IV

4. El derecho penal del enemigo en otras legislaciones.....	79
4.1. México.....	79
4.2. Colombia.....	85
4.3. Argentina.....	90
4.4. Chile.....	92
4.5. Venezuela.....	94
4.6. España.....	97

CONCLUSIONES.....	103
RECOMENDACIONES.....	105
BIBLIOGRAFÍA.....	107



INTRODUCCIÓN

La justificación de la investigación se presenta a partir de la potencialización que el fenómeno criminal ha representado para la sociedad guatemalteca, teniendo como efectos más importantes el grado de inseguridad ciudadana; se hace un acercamiento a distintos escenarios que tienen relación con el sentir actual de nuestra población por el espiral de violencia que está afectando gravemente a los ciudadanos.

El tipo de legislación penal que se pretende por estos sectores políticos, califica en lo que se conoce como derecho penal del enemigo, que no es más que un tipo de legislación preventiva que castiga a las personas por su pertenencia a grupos considerados antisociales aún cuando no exista una acción u omisión idónea para producir el delito, como lo regula el actual código penal de la República de Guatemala en su artículo número diez.

Dentro de los objetivos alcanzados en la investigación, se demostró cuál es la inconstitucionalidad del derecho penal del enemigo dentro del ordenamiento jurídico de la República de Guatemala y, cuáles son las condiciones criminológicas que han permitido que algunos estados incluyan en su legislación el derecho penal del enemigo, así como las razones por las que el derecho penal del enemigo no es susceptible de ser incluido dentro del sistema penal guatemalteco.

La hipótesis comprobada es que el derecho penal del enemigo no existe como una norma que pueda tipificar la prevención de la propagación del crimen organizado en sus distintas formas. A partir de la búsqueda de la causa jurídica fundamental por la que adolece de inconstitucional el derecho penal del enemigo en la legislación guatemalteca, y su estado al iniciarse la investigación es un medio coercitivo inexistente para frenar el incremento actual del crimen organizado.

El presente análisis podemos encontrar el significado de la política criminal y del derecho penal del enemigo, los cuales serán adecuados al estado de Guatemala, luego como antecedente el derecho penal del enemigo castiga al individuo sobre la base de presunciones; es altamente discrecional para su aplicación y, constituye un



instrumento de represión en contra de determinados grupos sociales. No cabe duda que en su colisión legal, la aplicación del derecho penal del enemigo tiene como consecuencia, la no aceptación del sector social, por la estigmatización del ciudadano como enemigo, desvalorizando su estado de persona; sin embargo algunos estados lo adecúan a su ordenamiento jurídico con el cuidado de no contaminar sus instituciones, ya que su aplicación de forma arbitraria, clandestina e indiscriminada hace que el blanco perfecto sean los mismos ciudadanos y las secuelas sean abrumadoras y fatales. De una comparación entre varias legislaciones de países que han utilizado de forma abierta estos concepto, la teoría fundamental del derecho penal del enemigo aplicada y enseñada en Europa por el experto en derecho penal y filosofía del derecho, el alemán Günther Jakobs es aplicada de forma tangible en políticas antiterroristas dentro de su derecho interno.

Por medio de la política criminal, el estado utiliza su coerción hacia algunos ciudadanos que rompen con el ordenamiento jurídico y agreden a la sociedad con sus actos delictivos, son procesados y responsabilizados, o no, de sus actos por medio de una sentencia y la ejecutoriedad de la misma; asimismo la finalidad del derecho penal del enemigo, es la prevención del riesgo, como de sus efectos dañinos futuros, sobre los bienes tutelares de los ciudadanos.

De forma general, la investigación se realizó basada en la búsqueda de la aplicación del derecho penal del enemigo como una solución general para la prevención de la delincuencia organizada en sus distintas formas, y por su estudio, realizar un ajuste en nuestra legislación para alcanzar los fines que justifican nuestra organización social.



CAPÍTULO I

1. Derecho penal del enemigo

1.1. Definiciones

El derecho penal del enemigo, constituye solo una manifestación del fenómeno más amplio de transformación que desde hace algunos años está afecto el derecho penal. El concepto de derecho penal del enemigo, solo puede ser concebido como instrumento para identificar precisamente: el no derecho penal, el cual se encuentra presente en varias legislaciones positivas del mundo.

De la manera que ha evolucionado la sociedad, así ha evolucionado el derecho, tratando de acomodar la normativa a la realidad social, sin embargo cada doctrina que surge, tiene su lado positivo y negativo, los que la avalan y los que están en contra, asimismo, en esta evolución de la humanidad, en la que se ha conseguido grandes conquistas como lo concerniente a derechos humanos y garantías individuales, plasmadas en constituciones políticas de cada estado a nivel de derecho interno, y en instrumentos bilaterales, regionales o mundiales, a nivel internacional.

En estos tiempos no ha sido la excepción, y surge como una postura teórica en la dogmática penal, el derecho penal del enemigo, mediante el cual el estado ya no dialoga con los ciudadanos para mantener la vigencia de la norma, sino que combate



peligros. La pena se dirige al aseguramiento frente a hechos futuros, no a la sanción de hechos cometidos.

Uno de sus mayores exponentes, es el pensador alemán Günther Jakobs, quien sostiene que en toda sociedad existen dos clases de individuos, el ciudadano y el enemigo; el primero a quien se reconocen sus derechos fundamentales y al segundo, quien por haberse apartado gravemente del derecho, no de forma incidental sino dolosa y duradera, y por tratarse de un individuo especialmente peligroso, no merece ninguna contemplación por parte del estado, no puede ser tratado como persona, debe ser apartado de la sociedad, se debe procurar su inocuización.

Y por otro lado, los críticos a esta teoría quienes manifiestan que es un retroceso a los logros en materia de derechos humanos y del mismo derecho penal, ya que se trata de un derecho penal y procesal penal sin garantías individuales.

Günther Jakobs es catedrático de la universidad de Bonn, Alemania, experto en derecho penal y filosofía del derecho, y una de las máximas autoridades mundiales en la materia, es el heredero de la cátedra de Hans Welzel (padre del finalismo penal), quien fuera su maestro, aunque a la postre Jakobs se ha separado radicalmente de esa escuela y ha fundado la propia.

Günther Jakobs ha construido un sistema de derecho penal sobre la base del funcionalismo sistémico de Niklas Luhman. El suyo constituye quizás el último gran sistema de derecho penal que se ha elaborado en la doctrina alemana, de manera



consistente y completa. Por su gran coherencia se hace muy difícil criticarlo internamente, pero sus planteamientos han movilizadísimo la discusión penal de los últimos años en Alemania, España, Italia e Hispanoamérica. Para él, frente a ciertos delitos con penas particularmente altas, ya no se puede hablar de la pena como una confirmación de la vigencia de la norma vulnerada por el delito, sino simplemente de la neutralización de riesgos frente a sujetos que se han autoexcluido del estado de derecho, y por ello no les cubre enteramente las garantías que éste proporciona.

Günther Jakobs, como defensor del derecho del enemigo, el poder penal del estado frente a determinadas manifestaciones de la criminalidad ya no puede ser entendido desde la lógica tradicional de la pena como respuesta a la culpabilidad y como reafirmación de la vigencia de la norma, sino más bien desde la pura gestión contra los hechos de los peligros. En algún sentido, considera, ya no se trata a ciertos delincuentes como personas, sino como enemigos.

El concepto fue introducido en el debate en dos etapas diferentes; en 1985 se produce la primera de ellas bastante más amplia, en la que vincula el concepto de derecho penal del enemigo hacia los delitos de puesta en riesgo y, delitos cometidos dentro de la actividad económica, mientras que a partir de 1999 surge una segunda fase orientada hacia delitos graves contra bienes jurídicos individuales, especialmente los delitos de terrorismo.

Puedo afirmar que la esencia del concepto de derecho penal del enemigo, constituye una reacción de combate del ordenamiento jurídico, contra individuos especialmente



peligrosos, supone tan sólo un procesamiento desapasionado e instrumental, contra determinadas fuentes de peligro especialmente significativas; con este instrumento, el estado no habla con sus ciudadanos, sino amenaza a sus enemigos.

Para analizar el derecho penal del enemigo primero mencionaré tres elementos que según Günther Jakobs considera esenciales:

- A. Un amplio adelantamiento de la punibilidad: en este sentido corresponde destacar que en estas normas, el punto de referencia no es ya el hecho cometido, sino el hecho futuro;
- B. Penas desproporcionadamente altas: suele tratarse de conductas bien lejanas al resultado lesivo tal como tradicionalmente se concibe, incluso que ni siquiera implica la creación de un riesgo no permitido; y,
- C. Supresión y relativización de determinadas garantías procesales, que incluso pueden llegar a ser suprimidas.

Así también Jakobs retoma el planteamiento de Silvia Sánchez al afirmar la existencia de tres velocidades actuales del derecho penal: ¹

¹ Günther Jakobs y Manuel Cancio Meliá. **Derecho penal del enemigo**. Pág. 102.



La que es propia de la parte del sistema penal en que se aplican penas privativas de libertad, sosteniendo que se debe mantener de modo estricto los principios político criminales, las reglas de imputación y los principios procesales clásicos;

- A. Formada por las infracciones sancionadas con penas pecuniarias o privativas de derechos, en donde podría flexibilizarse las garantías de acuerdo a la gravedad de las mismas; y,
- B. La propia del derecho penal del enemigo, en donde coexiste la imposición de penas privativas de libertad y la flexibilización de las garantías penales y procesales.

Cancio Meliá² se refiere al contenido de este derecho, sin desconocer que sería necesario realizar un estudio detallado por país, de la parte especial de los códigos penales y procesales, así como también de las leyes especiales, admitiendo que ha existido un desplazamiento de las medidas especiales desde los delitos económicos hasta un enfoque circunscrito de los delitos de terrorismo, narcotráfico y criminalidad relacionada con inmigración, siendo la esencia de ese derecho el que constituye una reacción de combate del ordenamiento jurídico contra individuos especialmente peligrosos.

Estimo que si bien es cierto, las actividades de tales individuos se concretan generalmente en la comisión de hechos delictivos contra bienes jurídicos protegidos por el derecho penal, como asesinatos, lesiones, daños, extorsiones, etc., no son estos

² **Ibid.**



hechos los que constituyen la base de las regulaciones del derecho penal del enemigo, pues los mismos en nada difieren de los realizados incidentalmente, por los ciudadanos vinculados por el derecho; los datos concretos que sirven de base a las regulaciones específicas del derecho penal del enemigo son la habitualidad y profesionalidad de sus actividades, pero sobre todo su pertenencia a organizaciones enfrentadas al derecho.

La identificación del enemigo, dice Cancio Meliá³ atiende a su caracterización como malhechor, siendo un concepto que no trata de neutralizarlo sino de atribuir competencia a quien lo debe de combatir. En consecuencia, no es un derecho penal de acto sino de autor.

La política criminal contemporánea de combate a la delincuencia, invocada por la mayoría de los legisladores, clama por medidas rigurosas, agravación de las penas, disminución de beneficios, limitación de garantías sustantivas y procesales, siendo un endurecimiento en contra del presunto delincuente, encontrando eco en un gran sector de la población, convencida de que es el único remedio contra la inseguridad; sin embargo, no podemos olvidar que la administración de justicia penal adolece de graves y complejas fallas que pueden ocasionar que se inculpen personas inocentes o utilizarse el sistema penal como medida de ataque contra enemigos políticos.

Por otra parte se formula la distinción entre un derecho penal del ciudadano, que se caracteriza por el mantenimiento de la vigencia de la norma, y un derecho penal para

³ Ibid. Pág. 103.



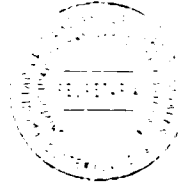
enemigos que se orienta a combatir peligros, de todos modos, esto no debe entenderse como dos esferas aisladas del derecho penal, sino que se trata de dos tendencias opuestas en un solo contexto jurídico penal y que además suelen superponerse y entremezclarse.

Para Jakobs sí habría individuos que tendrían que ser diferenciados como enemigos, y esa diferencia se establecería con respecto a los ciudadanos; por esta razón individualiza y distingue a un derecho penal del enemigo y lo contrapone al derecho penal del ciudadano; si bien quiere relativizar dicha contraposición mediante una presentación del uno, y del otro, como tipos ideales que difícilmente aparecen en la realidad en estado puro; según él, en el derecho penal del ciudadano existirían elementos del derecho penal del enemigo y, en éste último también habría elementos del primero.

Mediante el derecho penal del enemigo, el estado ya no dialoga con ciudadanos para mantener la vigencia de la norma, sino que combate a sus enemigos, es decir, combate peligros, y por ello, en él la pena se dirige hacia el aseguramiento frente a hechos futuros, no a la sanción de hechos cometidos.

Para entender bien el concepto del derecho penal del enemigo presentaré las siguientes características:

- A. En su estructura presenta tipos penales que anticipan la punibilidad de actos que solo tienen el carácter de preparatorios de hechos futuros, por medio de estos tipos



penales se criminalizan conductas que, tienen lugar en un ámbito, previo a la comisión de cualquier hecho delictivo, y de conductas que simplemente favorecen la existencia de una organización criminal y alimentan su subsistencia y permanencia.

- B. Presenta una desproporcionalidad de las penas, esta tiene una doble manifestación, por un lado la punibilidad de actos preparatorios no iría acompañada de ninguna reducción de la pena respecto a la fijada para los peligrosos del hecho preparatorio realizado en el ámbito previo; por otro lado, la circunstancia específica de permanencia del autor a una organización es tomada en cuenta para establecer agravaciones considerables y, en principio desproporcionadas de las penas correspondientes a los hechos delictivos que realicen los individuos en el ejercicio de su actividad habitual o profesional de la organización.⁴
- C. Se basa en numerosas leyes denominadas leyes de lucha o combate, que representa el paso de una legislación penal a una legislación de combate.⁵
- D. Realiza una restricción de garantías y derechos procesales de los imputados; se pone en cuestión la presunción de inocencia, por ser opuesta o contraria a la veracidad en el procedimiento, se introducen medidas amplias de intervención de las comunicaciones, de investigación secreta o clandestina, de incomunicación; se reducen considerablemente las exigencias de licitud y admisibilidad de la prueba,

⁴ Gracia Martín, Luis. **Ob. Cit.** Pág. 10.

⁵ **Ibid.**



se amplían los plazos de detención policial para el cumplimiento de los fines de la investigación, así como la prisión preventiva y, en el ámbito teórico, se reivindica incluso la licitud de la tortura ⁶.

- E. A nivel penitenciario se presenta regulaciones propias restrictivas de derechos, las que endurecen las condiciones de clasificación de los internos, las que limitan los llamados beneficios penitenciario o las que amplían los requisitos de la libertad condicional; y,
- F. Es un derecho penal de autor, el derecho penal del enemigo es incompatible con el principio del hecho.

El principio de hecho se entiende, como aquel principio genuinamente liberal de acuerdo con el cual, debe quedar excluida la responsabilidad jurídico penal por meros pensamientos, es decir, como rechazo de un derecho penal orientado con base a la actitud interna del autor.

Precisamente el derecho penal del enemigo es un derecho penal de autor porque se dirige en forma directa y específica a los enemigos, eliminándolos porque representan un peligro muy grave y serio para la sociedad.

⁶. Gracia Martín, Luis. **Ob. Cit.** Pág. 11.



“Por medio del derecho penal de autor se etiqueta al ciudadano como enemigo y luego se le va a liquidar por su calidad de enemigo, aunque no fuese responsable ya de ningún acto”.⁷

“El derecho penal del enemigo es aquel que se aparta de los fines ordinarios del derecho penal, es decir, de la reafirmación del ordenamiento jurídico, o de la norma infringida conforme a la ideología de la llamada actualmente prevención general positiva, de la prevención especial rehabilitadora o de reinserción social. Se trataría de una legislación de lucha o de guerra contra el enemigo cuyo único fin sería su exclusión o inocuización”.⁸

El derecho penal del enemigo consiste en sancionar la conducta de un sujeto peligroso en una etapa muy anterior a un hecho delictivo, sin esperar a una lesión posterior tardía. Se sancionan la conducta y la peligrosidad del sujeto y no sus actos.

Puedo indicar que el derecho penal del enemigo se construye a partir de una previa distinción normativa. La existencia de algunos sujetos que deben ser considerados como ciudadanos y la de otros que han de ser estimados y tratados como enemigos. Para el derecho penal del enemigo, el derecho ya no protege bienes jurídicos sino que protege la vigencia de la norma como modelo del contrato social.

^{7.} Zambrano. **Ob. Cit.** Pág. 3.

^{8.} Sánchez, Silvia. **Ob. Cit.** Pág. 164.



En efecto el derecho penal del enemigo, tiene un adelantamiento de la línea de defensa, en el cual se sancionan inclusive actos preparatorios en los que se pretende justificar a través de la idea de seguridad cognitiva. Al igual la pena resulta desproporcionada respecto de una conducta que aun no entra en la fase ejecutiva o del principio de ejecución.

En el ámbito del derecho penal del enemigo se incluyen delitos que niegan frontalmente los principios básicos del modelo de convivencia en las sociedades occidentales, como son los crímenes de estado y los cometidos en el ámbito de organizaciones criminales, incluyendo el terrorismo; estos delitos presentan importantes dificultades de persecución y prueba, de forma que para su represión se haría necesario relativizar las garantías sustantivas y procesales que han convertido a los códigos penales europeos en la carta magna del delincuente para que pasen a ser la carta magna de las víctimas. Se añaden los delitos sexuales violentos cometidos por sujetos irrecuperables, en este caso no porque existan problemas en la fase de investigación, sino porque el derecho penal actual, no estaría preparado para enfrentarse a delincuentes muy peligrosos, pues al estar las penas sujetas al principio de culpabilidad por el hecho, y no poder superar la medida de seguridad, con la duración de la pena que se hubiera impuesto, no es posible retenerlos en custodia indefinidamente.

Desde una perspectiva general, se podría decir que este derecho penal del enemigo sería una clara manifestación de los rasgos característicos del llamado derecho penal moderno, es decir, de la actual tendencia expansiva del derecho penal que en general, da lugar formalmente a una ampliación de los ámbitos de intervención de aquél, y



materialmente a un desconocimiento, o por lo menos a una clara flexibilización o relajación y con ello, a un menoscabo de los principios y de las garantías jurídico penales liberales del estado de derecho .

Es necesario indicar en relación al derecho penal del enemigo, que se consideran enemigos, a los individuos que se caracterizan: primero porque rechazan por principio la legitimidad del ordenamiento jurídico y persiguen la destrucción de ese orden, y segundo, que a consecuencia de ello, por su especial peligrosidad para el orden jurídico, tales individuos no ofrecen garantías de la mínima seguridad cognitiva de un comportamiento personal, comportamiento determinado por derechos y deberes, es decir, un comportamiento ya no es calculable conforme a las expectativas normativas vigentes en la sociedad. Si ya no existe la expectativa seria, que tiene efectos permanentes de dirección de la conducta de un comportamiento determinado por deberes y derechos, la persona degenera su conducta hasta convertirse en un mero postulado y en su lugar aparece el individuo interpretado cognitivamente; ello significa para el caso de la conducta cognitiva, la aparición del individuo peligroso, identificándolo como enemigo de los ciudadanos y del estado.

Aquel individuo que no admite ser obligado a entrar en un estado de ciudadanía, se niega a vivir acorde a las normas establecidas en el ordenamiento jurídico, y, por lo tanto, no puede participar de los beneficios del concepto de persona o ciudadano.

En este contexto al enemigo también se le denomina terrorista, que es aquel que rechaza por principio la legitimidad del ordenamiento jurídico, y por ello combate y

persigue la destrucción de ese orden, es aquel a quien se combate por su peligrosidad; Por ejemplo: un dirigente guerrillero o subversivo que para estigmatizarlo se le hace llamar en términos vulgares: guerrinche o canche, como se hizo en nuestra patria, con tal malicia, durante la anterior guerra interna. Debe agregarse que durante el conflicto armado interno, se estigmatiza a todas las formas de organizaciones populares, estudiantiles, sindicales y religiosas que aún sin ser organizaciones subversivas eran considerados enemigos internos, por lo que eran eliminados, para evitar un peligro, siendo esto un elemento negativo del derecho penal del enemigo.

Silva Sánchez afirma que “el tránsito del ciudadano al enemigo se irá produciendo por la reincidencia, la habitualidad, la profesionalidad delictiva y, finalmente la integración en organizaciones delictivas estructuradas”.⁹

1.2. Función del derecho penal del enemigo

“La función del derecho penal de enemigo es la eliminación de un peligro, de un sujeto peligroso en extremo y reincidente que, por su condición de tal, no amerita ser tratado como persona. Bajo este presupuesto, el estado no habla con sus ciudadanos, sino amenaza a sus enemigos, aquel puede abstenerse de respetar y garantizar ciertos derechos y libertades que resultan esenciales a todo ser humano”.¹⁰

⁹ Sánchez, Silvia. **Ob. Cit.** Pág. 169.

¹⁰ Román López, Marlene. **Ob. Cit.** Pág. 65.



Esta teoría supone tres características en la práctica:

- a. Se adelanta a la punibilidad, castigándose el hecho futuro a diferencia de lo habitual, derecho penal de ciudadano, donde el punto de referencia es el hecho ya cometido;
- b. Las penas previstas son desproporcionadamente altas; y,
- c. Se relativizan, o incluso suprimen, determinadas garantías procesales

Un ejemplo del derecho penal del enemigo es la orden del presidente de estado s Unidos de América, del trece de noviembre del año dos mil uno, con la cual se permite la instauración de tribunales militares secretos, que se ocupan de juzgar a no-ciudadanos acusados de terrorismo, pudiendo desplazarse al lugar del no-nacional para juzgarlo.

En la doctrina se ha suscitado diversas críticas respecto a esta tendencia, principalmente por la supresión o la negación de ciertos derechos y garantías fundamentales, comunes en regímenes de facto e inadmisibles en estados de derecho.

El derecho penal del enemigo consiste en la protección de los bienes jurídicos; tratándose de la prevención de la lesión de bienes jurídicos, para lo cual en principio, debe tenerse en cuenta solo aquellas acciones que representan por lo menos un peligro objetivo de lesión de bienes jurídicos; y en segundo lugar la protección de bienes puede comenzar, donde se manifiesta una acción desvalorativa, de ese bien



jurídicamente tutelado, aunque el bien jurídico no haya corrido un peligro concreto, en este caso dependería de la dirección de la voluntad del autor.

De todo lo anterior puedo manifestar que el derecho penal del enemigo ve una serie de actos antisociales día a día, realizados por una parte de la sociedad, la cual llamamos delincuencia, que a su vez puede ser delincuencia individual o delincuencia organizada. Todo esto va generando un malestar e inseguridad en la sociedad, aunque también son reprochadas por ella misma, así como por el estado; mismas que cada vez se muestran más fuertes y parecen nunca acabar. Las penas que se les impone no son suficientes para combatir este mal que atormenta al pueblo en general; muchos piden penas más drásticas, mientras otros intentan dar nuevas teorías con el único propósito de combatir esta lacra que existe en nuestro medio. Es así que surge el derecho penal del enemigo, por el cual se intentan restringir las garantías de defensa de aquellos sujetos que cometen hechos ilícitos que atentan gravemente la seguridad de la sociedad.

Vale la pena remarcar que el derecho penal del enemigo, afecta principalmente a la criminalidad organizada y el terrorismo. Este derecho suele justificarse, con el recurso de la excepcionalidad para delitos de suma gravedad, cuya manifestación extrema sería hoy el terrorismo. Se trata, en definitiva, de una renovada expresión del llamado derecho penal y procesal penal del enemigo que, como ilustra Portilla Contreras,¹¹ es una acentuada tendencia que, basándose en el modelo del enemigo, en una legislación

¹¹. Portilla Contreras. **El derecho penal y procesal penal del enemigo**. Universidad de Salamanca. 2002. Pág. 623.



de guerra, justifica e intenta legitimar la estructura de un derecho penal y procesal penal sin garantías. En su consideración, es una dirección seguida por diversos autores, uno de los principales Jakobs, que interpretan el derecho penal, material y formal según la óptica del estructuralismo funcional de Luhman, conforme lo que realmente importa que es la conservación de los intereses del sistema, la capacidad funcional de sus órganos y la defensa del estado a través de las garantías del propio estado.

En el derecho penal del enemigo se establecen normas de excepción, basándose, en la alarma social que causa algunos hechos; esta alarma social se convierte en la materia prima del organismo legislativo, que en algunos casos o países es el propio organismo ejecutivo, quienes manifestándose atentos ante los hechos que la originan, envían mensajes diciendo: que se elevarán las penas y se castigará duramente a los enemigos, planteando las cosas como una guerra o una lucha contra tal o cual forma delictiva y, en consecuencia, de antemano a los procesados se les priva de la presunción de inocencia, de la calidad de persona humana y de cuánta garantía exista en la ley vigente.

En este delito las penas cumplen la función prospectiva de castigar a las personas no por lo que hicieron sino por su ideología, por su manera de ser o por lo que podrían hacer, según el miedo social exacerbado por la propaganda estatal e informativa cuando tiene el control de los medios de comunicación y de prensa.

Una de las formas del derecho penal del enemigo que se viene aplicando es la agravación de penas en relación con las movilizaciones populares, tratando de frenar la



lucha de los movimientos regionales, de la clase obrera, de los maestros, de los campesinos, de los estudiantes, etc. Incluso se ha procesado por terrorismo a quienes han sido sindicados como dirigentes de movilizaciones populares, por el solo hecho de conducir las reclamaciones del pueblo. Este derecho penal del enemigo restringe al máximo las garantías del ciudadano enarbolando la bandera de la seguridad ciudadana por medio de una doctrina de seguridad nacional aplicada en todos los ámbitos sociales, accionando las fuerzas de seguridad en forma coordinada y sistematizada, y la flexibilización de las normas jurídicas, utilizando los estados de excepción y otras medidas que se ajustan a las necesidades de la doctrina para la aplicación de drásticas operaciones contra un enemigo dentro de la población de un país.

Es necesario manifestar que el derecho penal se caracteriza, por la existencia de tipos penales abiertos, que tutelan bienes jurídicos supra individuales o colectivos con técnicas basadas en el peligro abstracto, sin esperar a la producción de la lesión para afirmar la punibilidad, que renuncian a la imputación individual, invirtiendo la carga de la prueba, y despreciando la presunción de inocencia y, el principio in dubio pro reo; se propone salvaguardar un núcleo duro, integrado por los delitos tradicionales contra la persona y el patrimonio, o contra bienes jurídicos no individuales pero ya suficientemente consolidados, como el correcto funcionamiento de la administración pública, castigados con pena privativa de libertad, abandonando el resto del código penal a la rebaja, cuando no a la completa negación, de los derechos y garantías individuales.

El derecho penal del enemigo utiliza la pena con finalidad distinta a la tradicional, como era la inserción del agente delictivo a la sociedad, reeducándolo para su ingreso



a la convivencia social. Utiliza la pena para amedrentar y amenazar al agente delictivo.

La pena es un instrumento de coacción porque es portadora de un significado, de un mensaje, es una respuesta o una reacción a un hecho; tomado el hecho como un acto del hombre racional; el hecho del hombre racional también porta el mensaje de un ataque a la vigencia de la norma, y por otra parte la pena transmite la afirmación del sistema jurídico e indica el hecho que encuadra en ella.

En tal sentido, tanto el hecho como la coacción son medios de interacción simbólica; la pena no sólo significa algo, sino físicamente también produce algo; así por ejemplo, el preso no puede cometer delitos fuera del centro penitenciario: una prevención especial segura durante el lapso efectivo de la pena privativa de la libertad. Cabe pensar que, es improbable que la pena privativa de la libertad se hubiera convertido en la reacción habitual frente a hechos de cierta gravedad, si no concurriera en ella este efecto de aseguramiento. En esta medida la coacción no pretende significar nada, sino quiere ser efectiva, la cual implica, que no se dirige contra la persona en derecho sino contra el individuo peligroso. Esto quizá se advierta con especial claridad, si se pasa del efecto de aseguramiento de la pena privativa de libertad, a la custodia de seguridad en cuanto a medida de seguridad; en tal perspectiva no sólo se aborda el hecho pasado sino se dirige a hechos futuros y que el agente competente que comete hechos delictivos de considerable gravedad, podría tener efectos peligrosos para la generalidad. De ahí que una persona que de por sí es competente y que se contradice a través de la pena aparece el individuo peligroso al cual se le combate con una



penalidad físicamente efectiva en el derecho penal del enemigo. La pena pasa a ser un medio para el nombramiento de la vigencia de la norma.

1.3. Naturaleza del derecho penal del enemigo

En el sentido de que el derecho penal del enemigo pertenece al campo del derecho público, por ser de derecho penal y tiene los siguientes argumentos que son: primero, la naturaleza comunitaria de los intereses que tutela; segundo, las relaciones que regula, que no son las que existen entre particulares, sino las del individuo con la sociedad; tiene razón Maurach cuando dice que no hay relación de jerarquía y subordinación más evidente que aquella por la que el estado somete al individuo por la fuerza a sufrir el castigo que la pena supone; tercero, la misma naturaleza del derecho penal, pues no hay ninguna otra rama del derecho que esté dominada tan poderosamente por la necesidad de salvaguardar la paz pública; cuarto, que sólo el estado por medio de su órgano con facultades para ello, puede de crear normas que definan delitos y que impongan sanciones, de acuerdo con el dogma legalista; quinto, que la acción dirigida a la persecución de los delitos es siempre pública, aun en los casos en que debe ser instada por el particular.

Una excepción a esta posición mayoritaria la constituye, en la doctrina española, la autorizada opinión del profesor Guasp quien, al someter a revisión los conceptos del



derecho a la luz del individualismo, sostuvo que el derecho penal, pertenece al campo del derecho privado.¹²

Es autónomo, y posee un carácter normativo y sancionatorio, no se distingue de las otras ramas del derecho, por la peculiar naturaleza de sus prescripciones, sino por la peculiaridad de sus sanciones, porque el imperativo de la ley penal presupone un precepto que está fuera de ella, o porque su función específica consiste en reforzar con la sanción penal los preceptos y las sanciones de las otras ramas jurídicas.

Es independiente en sus efectos y relativamente dependiente en sus presupuestos. Es independiente en sus efectos jurídicos, porque puede aplicar las sanciones y medidas de que dispone sin tomar en consideración otras ramas del ordenamiento, es relativamente dependiente en sus presupuestos, en cuanto la facultad punitiva del estado que se encuentra vinculada al total ordenamiento jurídico, no pudiendo valorar con independencia como ilícito lo que en otros sectores del ordenamiento ha sido valorado como lícito.

El legislador penal, al describir los tipos en las leyes penales, no crea lo ilícito, sino que se encuentra ya con ello, las conductas consideradas como tales por el derecho, de las cuales recorta un especial sector, al que otorga relevancia jurídico-penal (sancionándolo con penas) por considerarlo forma más grave e intolerable del comportamiento antijurídico.

¹² **Ibid.** Pág. 630.



Lo relativo de esta dependencia resulta que, una vez incorporado el injusto general al derecho penal, se somete a un proceso peculiar que lo impele a su autonomía. Este proceso se ve favorecido por los más rigurosos requisitos que el orden penal exige al injusto, por la formación de términos específicamente penales, y por la independencia que en la interpretación desarrolla el juez penal, quien no interpreta los términos recibidos de otros sectores del ordenamiento, según la significación que allí se les da, sino según el sentido usual, el que tienen en la realidad de la vida, que es el del derecho penal.

Tiende a proteger los intereses individuales y colectivos, integrado por el conjunto de reglas jurídicas establecidas por el estado que asocian el crimen como hecho, y la pena como legítima defensa, su función de castigar corresponde al poder público; es parte del ordenamiento jurídico positivo, son normas jurídicas creadas por una comunidad políticamente organizada, su cumplimiento se garantiza mediante la fuerza pública, no pudiéndose imponer ningún castigo sino en virtud de normas positivas establecidas claramente por el estado.

Hablar entonces del derecho penal del enemigo significa, tomar en serio aquellas conductas amenazantes que, llegan a convertirse en riesgos concretos para la sociedad y el estado.

Hay otras muchas reglas del derecho penal, que permite apreciar en aquellos casos en los que la expectativa de un comportamiento personal es defraudada, de manera que se disminuye la disposición a tratar al delincuente como persona; así, por ejemplo, el



legislador está pasando a una lucha, en el ámbito de la criminalidad económica, del terrorismo, de la criminalidad organizada, en el caso de los delitos sexuales y otras infracciones penales peligrosas, así como en general, respecto de los crímenes.¹³

La teoría del derecho penal del enemigo sostiene que en la aplicación de la ley penal no se puede tratar a todos los delincuentes por igual.

1.4. Finalidad del derecho penal del enemigo

“El fin principal del derecho penal del enemigo es la seguridad cognitiva. En el derecho penal del enemigo no se trata ya, como sucede en el derecho penal general, de la conservación o mantenimiento del orden, sino, de la producción en el entorno de las condiciones soportables por medio de los cuales sean eliminados todos aquellos que no ofrecen la garantía cognitiva mínima, que es necesaria para poder ser tratados como personas”.¹⁴ El derecho penal del enemigo es la regulación de la exclusión de los enemigos, la cual se justifica en cuanto éstos son actualmente no personas.

“El derecho penal del enemigo optimiza la protección de bienes jurídicos, el estado no dialoga con ciudadanos para mantener la vigencia de la norma, sino que combate a sus enemigos, es decir combate peligros, de ahí que la pena se dirige hacia el aseguramiento frente a hechos futuros, no a la sanción de hechos cometidos”.¹⁵

^{13.} Günther Jakobs. **Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo**. Págs. 38 y 39.

^{14.} **Ibid.** Pág.33.

^{15.} **Ibid.** Pág.40.



En el derecho penal del enemigo se renuncia a las garantías procesales y materiales del derecho penal de la normalidad; estos principios o reglas propias del derecho penal del enemigo, vendrían impuestos por el significado de las circunstancias fácticas que caracterizan la actividad, la posición del enemigo frente a la sociedad, y se configurarían como instrumentos adecuados al fin de la prevención del peligro que representa al enemigo, el cual solo puede alcanzar mediante su vencimiento o eliminación en la guerra desatada entre él y el estado.

Nos encontramos con un derecho penal incluso de la anticipación a los hechos criminales, como una propuesta de protección penal, que conllevará un discurso de aumento de penas, la transformación de la legislación penal en un arma de lucha contra el enemigo al que hay que enfrentar socavándole sus garantías procesales, desconociéndole hasta el derecho al reclamo, como las del amparo de libertad. El recorte de garantías y beneficios de excarcelación se trasladan al propio derecho procesal penal, con la creación de institutos como la prisión preventiva no excarcelable, ni sustituible frente a cierto tipo de delitos, los de criminalidad organizada, el terrorismo, la delincuencia macroeconómica, el tráfico de drogas ilegales, la pornografía infantil, entro otros.

En estos casos se pretende encontrar su legitimación a partir de la necesidad de la eliminación de un peligro potencial o futuro, la punibilidad se adelanta y la pena se dirige hacia el aseguramiento frente a hechos futuros. Claro que sabemos anticipadamente que no va a disminuir la tasa de criminalidad no obstante la gigante maquinaria de demolición de garantías propias de un estado de derecho, pero esta es



la propuesta retroalimentada, a través de sucesos que conmovieron la comunidad internacional, como el atentado a las torres gemelas del once de septiembre del 2001 en Nueva York, o el perpetrado el once de marzo del 2004 en Madrid.¹⁶

El derecho penal del enemigo, se debate entre dos posiciones: La primera, considera al delincuente como enemigo de la sociedad, le niega todos sus derechos y garantías procesales y busca el endurecimiento de las penas.

La segunda, se ocupa de los fenómenos estructurales del derecho y en una dimensión más compleja y humanista, analiza la criminalidad a partir de los pilares de su constitución, critica la expansión incontrolada de las legislaciones antiterroristas y privilegia al ser humano, no buscando su pérdida sino su reconciliación con la sociedad.

¹⁶ Zambrano. **Ob. Cit.** Pág.2.



CAPÍTULO II

2. Antecedentes del derecho penal del enemigo

Desde la antigua Grecia, en la teoría del pacto social de la sofística griega, un siglo antes de Cristo, en el mito de Prometeo, Zeus ordena que al incapaz de participar del honor y la justicia, lo eliminen como a una enfermedad de la ciudad.¹⁷

Se considera al enemigo como un tumor canceroso que tiene que ser eliminado del cuerpo político.

Protágoras rechaza en principio cualquier sentido retributivo del castigo y asigna a este sólo finalidades pedagógicas y disuasorias. No obstante para quien no obedezca pese a haber sido castigado y enseñado, propone que se le expulse de la ciudad o que se le de muerte como si se tratase de un incurable.

El llamado derecho penal del enemigo podemos afirmar que hace su aparición muchos años atrás. Se concibe a este derecho como la vinculación entre una persona (ciudadano) y un enemigo, y se da a través de la coacción.¹⁸

Juan Jacobo Rousseau (1712-1778) en su célebre contrato social afirma: “todo malhechor atacando el derecho social, viene a ser por sus excesos rebelde y traidor a

^{17.} Gracia Martín, Luis. **Elocución, congreso latinoamericano VIII iberoamericano nacional de derecho penal y criminología**. Pág. 32

^{18.} Kant, Emmanuel citado Günther Jakobs y Cancio Meliá. **Derecho penal del enemigo**. Pág. 26.



la patria, cesa de ser un miembro, violando las leyes, y aún le hace la guerra. Entonces la conservación del estado es incompatible con la suya, y es necesario que uno de los dos perezca, y así cuando se hace morir al culpable, es como enemigo y no como ciudadano; las escrituras del proceso y el juicio son las pruebas de que él ha quebrantado el tratado social, y por consiguiente que ya no es miembro del estado, y no será reconocido como tal más o menos, según su delito debe ser castigado, o con destierro como infractor del pacto, con la muerte como enemigo público, porque un tal enemigo no es una persona moral, es un hombre y entonces es cuando tiene fuerza el derecho a la guerra, a saber matar al vencido.¹⁹

Por su parte Fichte (1762-1814) quien abandona el contrato ciudadano, en un punto en el que en el contrato se contaba con su prudencia, sea de modo voluntario o por imprevisión, en sentido estricto pierde todos sus derechos como ciudadano y como ser humano, y pasa a un estado de ausencia completa de derecho.²⁰ Fichte atenúa la muerte civil, por regla general mediante la construcción de un contrato de penitenciaría; además, concibe la privación de derechos en el caso de asesinato intencionado, y afirma "que a falta de personalidad la ejecución del criminal no es una pena, sino sólo instrumento de seguridad; ²¹

Por su parte Thomas Hobbes²² (1588-1679) filósofo inglés, también habla de un contrato social pero un contrato de sumisión, junto al cual aparece en igualdad de

^{19.} Rousseau, Juan Jacobo. **El contrato social**. Pág. 39-40

^{20.} **Ibid.** Pág. 27.

^{21.} **Ibid.** Pág. 27.

^{22.} Hobbes, Thomas, **Ob. Cit.** Pág. 28.



derecho la sumisión por medio de la violencia, no debe entenderse tanto como un contrato o una metáfora, que los futuros ciudadanos no perturben al estado, en su proceso de auto-organización. De manera plenamente coherente con ello, Hobbes en principio deja al delincuente en su rol de ciudadano, el ciudadano no puede eliminar por sí mismo su status; sin embargo, la situación es distinta cuando se trata de una rebelión, es decir de alta traición, pues la naturaleza de este crimen, está en la rescisión de la sumisión, lo que significa, una recaída en un estado de naturaleza, y aquellos que incurren en este delito no son castigados como súbditos, sino como enemigos.

Según Hobbes los enemigos son aquellos que están en estado de naturaleza; todos se encuentran en guerra entre sí, y quien gana la guerra impone la ley; el estado existe para la protección de la subsistencia del cuerpo social; la venganza contra el enemigo debe extender hasta los descendientes de su cuarta generación.

Locke, por su lado, era aún más radical, manifestando que al hombre que declara la guerra, se le debe matar como a un animal, como cualquier otra criatura peligrosa, que aniquila el ser humano en cuanto cae en su poder, en tanto, no se encuentre vinculado a la razón y a la ley común. Mientras tanto Rousseau, a propósito de su contrato social, señalaba que el ciudadano se convierte en enemigo cuando busca su propia ambición de poder y merced a ello, despreciando las normas sociales y, de esta manera también el bienestar de los demás, muriendo por tanto, más por enemigo que por ciudadano.

Siglos más adelante, la doctrina opositora al derecho penal del enemigo, encuentra en sí mismo en el término enemigo, prejuicios negativos producto de la indudable carga



ideológica y política, tanto más cuando volvemos la mirada a esa experiencia aterradora socialmente.

En efecto, esta experiencia demuestra como los regímenes políticos autoritarios, en la España de Franco a quien se le denominaba enemigo, le permitían comunicar públicamente una oposición, o a quien exigía derechos fundamentales. En otro bando, Jean Kabada ex primer ministro de Ruanda, condenado por genocidio, alababa el trabajo de una emisora de radio que animaba a la persecución y muerte de miembros de la tribu Tusi, y de los Humus moderados, como arma imprescindible en la lucha contra el enemigo.

Finalmente y como ejemplo más extremista, en la desenfrenada Alemania de Hitler, donde los efectos, dirigidos a concretar un aseguramiento cognitivo, no consistían en medidas de excepción, sino de regla.

Dicho ello, podemos precisar que este modelo de derecho, fue introducido por Günther Jakobs, en Frankfurt en 1985, a propósito de su disertación intitulada: Criminalización en el estadio previo a la lesión del bien jurídico, en el cual manifestó la relevancia penal, respecto de la evitación y anticipo efectivo a la lesión al bien jurídico y, fundamentalmente en los momentos previos a ese estadio, entiéndase, en los actos preparatorios dirigidos a enemigos que no ofrezcan las garantías mínimas de comportarse como persona, estableciéndose sanciones, como sujetos peligrosamente criminales, en una etapa precedente del acto delictivo, a una expectativa y su consecución.



Desde que en el año de 1985, el profesor de derecho penal y filosofía del derecho, de la universidad de Bonn, Günther Jakobs, introdujo el concepto de derecho penal del enemigo²³, hasta su reactualización a partir de los atentados a las Torres Gemelas en septiembre del 2,001, la discusión en torno al polémico concepto ha crecido de manera abrumadora, tanto en los países del occidente como en Europa.²⁴

“Y a pesar de que el profesor Jakobs, siempre ha enfatizado el hecho, que su conceptualización es simplemente resultado de su análisis de la realidad, en la que se advierte también un crecimiento en la criminalización de distintas conductas, además del incremento de las penas, no han faltado, como era de esperarse, las voces discrepantes que han acusado al profesor, como el defensor de un derecho penal antiliberal”.²⁵

“Es importante resaltar que Günther Jakobs da ese nombre para referirse a la reacción de los estados democráticos modernos, frente a determinados supuestos de especial peligrosidad a saber; supuestos en los que precisamente por conmover las bases de la conveniencia social, se adelantan las barreras de punición, a un estado previo a la lesión del bien jurídico; no se reducen proporcionalmente las penas a ese adelanto, se sanciona la preparación o la tentativa como si ya fuera consumación, o se tipifican *delitos de peligro abstracto*”.²⁶

²³. Lima, Grijley. **Derecho penal del enemigo, desmitificación de un concepto**. Pág. 27.

²⁴. **Ibid.** Pág. 36.

²⁵. Cancio Meliá, Manuel. **Derecho penal del enemigo**. Pág. 62.

²⁶. Polaino, Miguel y otros. **Derecho penal del enemigo, desmitificación de un concepto**. Pág. 190.

No es como algunos equivocadamente, señalan a Günther Jakobs, como el precursor de esta tendencia, sino como afirma Román²⁷ que “fueron otros, y mucho antes, los precursores filosóficos de esta argumentación, quienes postulan que la relación con un enemigo, no se determina por el derecho, sino mediante la coacción”.

Así de ejemplo se tiene a Rousseau y Fichte. Para el primero cualquier delincuente o malhechor que ataque el derecho social, deja de ser miembro del estado; en estos casos, la pena contra ese malhechor supone que se halla en guerra contra el estado. De manera similar Fichte sostiene que quien abandona el contrato ciudadano en un punto en el que en el contrato se contaba con su prudencia, sea de modo voluntario o por imprevisión, en sentido estricto, pierde todos sus derechos como ciudadano y como ser humano, y pasa a un estado de ausencia completa de derechos.

Frente a esta radical postura, de la cual Günther Jakobs discrepa por su generalidad, ya que éste, considera que en principio un ordenamiento jurídico debe mantener dentro del derecho también al criminal, y por una doble razón: por un lado, el delincuente tiene derecho a volver a arreglarse con la sociedad, y para ello debe mantener su estatus como persona, como ciudadano. Por otro lado, el delincuente tiene el deber de proceder a la reparación del daño que ha ocasionado con su acción delictuosa; el delincuente no puede despedirse arbitrariamente de la sociedad a través de su hecho.

²⁷. Román López, Marlene. **Gaceta constitucional, aspectos conceptuales del término enemigo.** Pág. 60.



2.1. Diferencias del derecho penal del enemigo con el derecho penal del ciudadano

El derecho penal del ciudadano, es aquel que juzga al ciudadano en su condición de persona, con todos sus derechos y protegido por la totalidad de las garantías del derecho penal, en particular por la garantía de presunción de inocencia.

Para sus efectos, existe cierta distinción entre el derecho penal del ciudadano y el derecho penal del enemigo, la cual gira a su vez, en torno a la diferencia entre el restablecimiento de la vigencia de la norma como fin esencial de la pena, y la eliminación de peligros futuros; el derecho penal del ciudadano tendría como fin el mantenimiento, restablecimiento o reparación, de la vigencia de la norma, mientras que el derecho penal del enemigo se dirige al combate de futuros peligros.

Unido a lo anterior, Günther Jakobs indica la distinción entre la persona, entidad titular de derechos y deberes capaz de emitir actos con significado en la sociedad, y el enemigo, individuo que representa una fuente de peligro contra la cual hay que defenderse. Únicamente en relación a la persona, a quien se trata dentro del llamado derecho penal del ciudadano, se puede cumplir el fin que Günther Jakobs atribuye, en cuanto a la pena de restablecer la vigencia normativa, pero frente al enemigo el fin de la pena cambia radicalmente, ya que se trataría entonces, de sacar de circulación al delincuente.



El inocuizar en el viejo sentido, el tratamiento como persona, implica que ésta no puede ser mediatizada más allá de la mera confirmación de la vigencia de la norma, por lo tanto la persona sancionada penalmente, no podrá ser utilizada como ejemplo de lo que pudiera ocurrirle a los sujetos infractores, su sanción no podrá servir de escarmiento para el resto de la población, y tampoco, podrá ser considerada como una fuente de peligro contra la cual hay que defenderse.

Se rechaza así, dentro del derecho penal del ciudadano, la llamada prevención general negativa, la cual de cierto modo, implica la utilización del autor del hecho punible para un fin social concreto externo al propio autor. Pero también se niega el posible efecto preventivo-especial de la pena, al no admitir la posibilidad de considerar la persona como peligrosa.

Günther Jakobs recurre a Hobbes y a Kant para fundamentar, al menos históricamente, la existencia de un derecho penal del ciudadano, en contraposición a un derecho penal del enemigo "...contra quien se desvía por principio; éste excluye, aquél deja incólume el status de persona".

Por lo tanto, habrá un derecho penal para los que usualmente se comportan bien y otro derecho penal para los incorregibles, para los desobedientes habituales; existirían, según Günther Jakobs, dos clases de derecho penal: uno limitado, racional para



personas titulares de derechos y deberes; y otro para enemigos, de carácter ilimitado, al margen del estado de derecho.”²⁸

Fundamentado en criterios de eficacia, admite Günther Jakobs el derecho del estado a procurarse seguridad ante individuos, quienes reinciden persistentemente en la comisión de delitos, porque son peligrosos, y, un derecho de los ciudadanos a exigir del estado que tome las medidas adecuadas, como su derecho a la seguridad.

Según Günther Jakobs el derecho penal puede ver en el delincuente, a una persona que ha cometido un error, o a un individuo al que hay que impedir mediante coacción, que destruya el ordenamiento jurídico; ambas perspectivas tienen, en determinados ámbitos, su lugar legítimo, lo que significa al mismo tiempo, que también pueden ser usadas en un lugar equivocado.

Como puede apreciarse, para Günther Jakobs, existen casos en los cuales sería legítimo recurrir a tal derecho penal del enemigo, supuesto que el propio autor se encarga de precisar así, para evitar su uso en un lugar equivocado; quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no sólo no puede esperar ser tratado como persona, sino que el estado no debe tratarlo como ciudadano, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de los demás ciudadanos.

²⁸ Ibid. Pág. 61



Una de las diferencias más marcadas entre el derecho penal del ciudadano y el derecho penal del enemigo, es que en el primero la función manifiesta de la pena es la contradicción y en el segundo es la eliminación de un inminente peligro.

El derecho penal del ciudadano define y sanciona delitos, o infracciones de normas, que llevan a cabo las personas de un modo incidental y que normalmente son la simple expresión de un abuso, por las mismas relaciones sociales en que participan desde su status como ciudadanos.

Mediante el derecho penal del enemigo, el estado ya no dialoga con ciudadanos, sino combate a sus enemigos, y por ello, en él la reacción del estado se dirige hacia el aseguramiento frente a hechos futuros, no a la sanción de hechos cometidos.

El derecho penal de enemigo optimiza la protección de bienes jurídicos, el derecho penal del ciudadano optimiza las esferas de libertad.

La distinción entre persona y enemigo podría ser análoga a la distinción sugerida por Kant entre estado de ciudadanía y estado de naturaleza, no tratándose en este caso de la compensación de un daño a la vigencia de la norma, sino de la exclusión de un peligro. ²⁹

La punibilidad se adelanta un gran trecho hacia el ámbito de la preparación, y la pena se dirige hacia el aseguramiento frente a hechos futuros.

²⁹ **Ibid.** Pág. 40.



Respecto a su finalidad, el derecho penal del ciudadano cumple una función comunicativa o simbólica, en donde el autor es reconocido como un sujeto racional aun cuando el hecho realizado no tenga validez y la norma sigue siendo parte de la realidad social.

En el derecho penal del enemigo, la pena si es más enérgica y tiene carácter prospectivo, puesto que se combate esencialmente un peligro, una amenaza que pone en riesgo el funcionamiento del sistema social.

El derecho penal del ciudadano es el derecho de todos, el derecho penal del enemigo el de aquellos que forman contra el enemigo; es coacción física, hasta llegar a la guerra. El derecho penal del ciudadano mantiene la vigencia de la norma, el derecho penal del enemigo, en sentido amplio, incluyendo el derecho de las medidas de seguridad, combate la peligrosidad.

Son dos polos opuestos de un solo mundo, dos tendencias en un solo contexto jurídico penal.

Esa optimización de la protección de bienes jurídicos se consigue, a través del adelanto de la punibilidad que se opera, cambiando la perspectiva del derecho penal de los hechos pasados a los hechos futuros, lo que supone en ocasiones, incriminar no tanto hechos propiamente dichos, cuanto conductas cuya relevancia penal se manifiesta particularmente en un contenido simbólico.



Pero sin que se produzca la rebaja de pena, que en principio debería acompañar a la anticipación de la tutela, lo que da lugar a penas desproporcionadas; prescindiendo de ciertas garantías procesales y, soslayando las garantías derivadas del principio de legalidad, el legislador utiliza términos tan porosos y ambiguos, que permiten hablar de un intento consciente, de eludir el mandato de determinación que se desprende del mencionado principio.

De centrar la atención en los aspectos objetivos, se pasa a desvalorar fundamentalmente lo subjetivo, mientras que la pena se dirige hacia el aseguramiento frente a hechos futuros, no a la sanción de hechos cometidos.³⁰

2.2. Consideraciones criminológicas del derecho penal del enemigo

La criminología como ciencia de la generosidad rechaza los principios del derecho penal del enemigo, es la ciencia de la esperanza, que a través de los mecanismos jurídicos y no jurídicos se logre la anhelada paz social perturbada.

La persona delincuente, forma parte del objeto de estudio, en este caso donde se niega al delincuente el status de persona, la criminología perdería su razón de ser, porque aunque el hombre delincuente cometa los delitos más atroces nunca negará su status.

³⁰ Jakobs, Günther. **Ob. Cit.** Pág. 40.



Con la finalidad de que el hombre que cometió aquel delito pueda ser reintegrado a la sociedad, un sector de esta doctrina positivista, aceptaba la pena de muerte del infractor, pero con carácter de persona, con la finalidad de aplicar la prevención general.

Se puede ejemplificar con el derecho penal actual, no podríamos hablar de un derecho penal bueno o benevolente, porque entraríamos a una grave contradicción, no existe en el mundo tal consideración, lo que si podemos encontrar es un ordenamiento penal configurado, con todas las reglas necesarias, para la ejecución de las penas con la naturaleza de protección de bienes jurídicos imprescindibles de tutela, y sobre la prevención de conductas contrarias al derecho, que deben ser sancionadas con la finalidad de reinserción, y así impedir nuevos delitos; es utilizada la prevención especial positiva, represión que caracteriza al derecho penal.

Es reiterada la doctrina que deduce que el principio de legalidad en el ámbito del derecho penal implica por lo menos tres presupuestos: uno, la existencia de una ley; dos, que la ley sea anterior al hecho sancionado; y tres, que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado.

En el caso del derecho penal del enemigo el último principio es fundamental, ya que describe un supuesto de hecho determinado y futuro, al castigar por lo que se es y no por lo que se hace; el derecho penal como última instancia del estado personal, se invierte en este esquema, al ponderar conductas que en su momento pueden ser o debieran ser atendidas por otros ordenamientos jurídicos específicos.



Con respecto al principio de presunción de inocencia, en el derecho penal encuentra una proclamación expresa, y se orienta en algunos de sus contenidos.

Fundamentalmente supone un límite frente al legislador, para que no actúe paralelamente y en coordinación con el principio de culpabilidad, desterrando normas penales que concreten sus contenidos sobre presunciones de culpabilidad o de realización de determinados hechos; este principio de inocencia en el derecho penal del enemigo se desvanece al negar al infractor cualquier capacidad jurídica para defenderse, pues al momento de identificarlo como un delincuente de peligrosidad futura, sus derechos y en especial este principio desaparecen.

El derecho penal del enemigo amenaza seriamente a los instrumentos jurídicos racionales establecidos, y se rige orientado a dominar, no castigando a los miserables, pobres, marginados, excluidos, drogadictos, alcohólicos, homosexuales, prostitutas o travestidos, sino potencializa su ejecución para penar a los poderosos, a la delincuencia organizada, los terroristas, secuestradores, violadores etc.

Se establece además de manera trágica, que armonizando algunos grupos de delincuentes con el derecho penal del el ciudadano, en un estado social y democrático de derecho, que puede ser hasta un pleonasma; mientras que el derecho penal del enemigo es una contradicción con dichos grupos, como si dijéramos un no derecho para el no ciudadano.



Criminológicamente el derecho penal del enemigo se identifica como un derecho penal prospectivo, en lugar de ser un derecho penal retrospectivo mediante el mecanismo del principio de culpabilidad, pues el infractor manifiesta su conducta, modificando el mundo exterior, mientras que el derecho penal del enemigo identifica al sujeto por su peligrosidad futura.

De la aceptación de la muerte de los grandes relatos en el campo de la criminología, a resultado una severa crisis de identidad en sus discursos, mucho más abocados a satisfacer la consigna de prevenir el delito, que a realizar indagaciones explicativas de las nuevas formas de conflictividad y control social.

Esa caótica retirada, sustituyó a las grandes convicciones que en este margen arraigara la criminología crítica para recalcar, en algunos casos, del nuevo realismo, y en otros, resistir desde las más tímidas expresiones de las garantías penales.

En algunos supuestos extremos, por cierto preocupantes, se adoptaron incluso discursos de neta importancia al legitimador, como el denominado derecho penal del enemigo, acaso sin decodificar correctamente las consecuencias probables de semejante proceso de colonización intelectual, o aun haciéndolo, sin atender a las consecuencias previsibles de tan grande capitulación.

Lo que ha devenido en la importación sin aduanas culturales, de una doctrina de seguridad planetaria para la cual, los enemigos son terroristas que asumen la condición



de no personas; por ende, de entes sin derechos ni garantías, a los que hay que combatir, aniquilar o castigar.

Algunos caracterizados referentes de la criminología progresista argentina, a partir de la debacle de los estados del denominado bloque del este, han interpretado este dato objetivo de la historia, como la obligatoria e inexorable aceptación de una derrota de los grandes relatos, de los paradigmas totales, de la factibilidad de comprender las nuevas sociedades con arreglo a categorías dogmáticas y científicas, que habían aportado decisivamente para la construcción de los discursos explicativos.

Estas posturas sobrevinientes, extraídas con más o menos rigor, pero con indudable premura de las concepciones filosóficas post estructuralistas, han dado como resultado una severa crisis de identidad de los discursos criminológicos, mucho más abocados a satisfacer la consigna de prevenir el delito que a realizar indagaciones explicativas de las nuevas formas de conflictividad.

En síntesis, se ha confundido el hundimiento de las burocracias comunistas con la sustentabilidad de un abordaje científico de las nuevas sociedades, en un repliegue que hasta ahora ha sido constante y sistemático.

2.3. Críticas sobre el derecho penal del enemigo

En la doctrina, sin embargo, este derecho penal del enemigo, encuentra un rechazo mayoritario en su discurso teórico doctrinal y en el planteamiento político criminal. No



obstante, parece reconocerse por todos, la existencia real de un corpus legal de enemigos en el derecho penal y procesal penal de la actualidad que, obviamente es objeto de crítica y de rechazo por la doctrina mayoritaria contraria al discurso doctrinal del derecho penal del enemigo. La experiencia histórica demuestra con demasía y clara contundencia, cómo los regímenes políticos totalitarios, generalmente criminales, etiquetan y estigmatizan precisamente como enemigos a los disidentes y a los discrepantes, y cómo aquéllos dictan leyes nominalmente penales sin contenido de justicia, establecen más bien dispositivos y mecanismos de guerra contra los etiquetados como enemigos.

Así, los enemigos son individuos que se caracterizan primero, porque rechazan por principio la legitimidad del ordenamiento jurídico y persiguen la destrucción de ese orden, y a consecuencia de ello, por su especial peligrosidad para el orden jurídico, dado que tales individuos no ofrecen garantías de la mínima seguridad cognitiva de un comportamiento personal; su comportamiento ya no es calculable conforme a las expectativas normativas vigentes en la sociedad.

El enemigo es determinado como tal, a partir de su separación del derecho y de su negación de reconocimiento al estado. A este enemigo se le desconocen los derechos otorgados como ciudadano, en vista de la inseguridad que crea, por estar en contra del estado. Rousseau parece reconocer al enemigo al negarles la condición de persona moral o de ciudadano a determinados delincuentes.

Fichte habla de un contrato de expiación y que el condenado es una cosa.



Kant afirma que enemigo es aquel que se encuentra en un estado natural y ello es justificación suficiente para ser hostiles con ellos.

Para Hobbes los enemigos son los que están en estado natural y por ello son inseguros. Al estar en un estado de naturaleza, no existe ningún tipo de norma más, que la del más fuerte, quien somete a todos por la fuerza y hace con otros en el mismo estado, la guerra por tener el dominio. Es a base de esta afirmación que el estado puede atacar a este enemigo, pues no se encuentra dentro del derecho legal, sino dentro de un derecho natural.

Estos actos realizados por los enemigos no pueden ser catalogados como delitos, porque delitos son aquellos actos cometidos por ciudadanos, es decir por personas que actúan y viven conforme a derecho y son sancionados conforme a este y los derechos y garantías en que se basa, por lo tanto, no pueden ser sancionados como delitos.

Entonces la pregunta es: ¿Qué debe hacer el estado con los que no están dentro del derecho y que cometen actos en contra de la seguridad del mismo y de la sociedad?, la respuesta que plantean muchos autores, entre estos Jakobs: es la de tratarlos como enemigos, es de hacerles guerra con sanciones -para prevenir- imponiendo así al estado como el más fuerte, en beneficio del interés general de sus beneficiarios.

Como otra crítica, se encuentra que el derecho penal del enemigo no merece ser llamado derecho. El derecho es creado por el hombre y para el hombre, para regular la convivencia, su protección y seguridad; tiene al hombre como fin y no como medio,



además, se cree completamente irónico desde la perspectiva que el enemigo se aparta del derecho, entonces, ¿Por qué habría de tener este su propio derecho?

Este denominado derecho penal del enemigo no es más que el poder del estado frente a individuos que él mismo, considera peligrosos por tener ciertas cualidades o características. Solo resta indicar que Welzel manifiesta que: también aquí, y precisamente aquí, es derecho y deberá mostrarse como derecho y no simplemente como poder, para que de ese modo la lucha en torno a la conformación justa de las relaciones sociales, sea siempre una polémica entre ideas, y no se trate de poner fin a ella por el sometimiento, ni mucho menos por la aniquilación del hombre por el hombre.³¹

El derecho penal del enemigo tiene una reacción internamente disfuncional, siendo estas divergencias en la función de la pena. Cuando se argumenta que los fenómenos frente a los que reacciona el derecho penal del enemigo, son peligros que ponen en cuestión la existencia de la sociedad, o que es la autoexclusión de la condición de persona lo que genera una necesidad de procurar una especial seguridad cognitiva frente a tales sujetos, se ignora, que la percepción de los riesgos – como es sabido en sociología – es una construcción social que no está relacionada con las dimensiones reales de determinadas amenazas.

³¹ Gracia Martín, Luis. **Ob. Cit.** Pág. 43.



Estos fenómenos no tienen esa especial peligrosidad terminal para la sociedad, que se predica de ellos. Al menos entre los candidatos a enemigos de las sociedades occidentales, no parece que pueda apreciarse que haya alguno – ni la delincuencia organizada, ni las mafias de las drogas; los parámetros fundamentales de las sociedades correspondientes en un futuro previsible.

Esto es especialmente claro, si se compara solo la dimensión numérica de las lesiones de bienes jurídicos personales sufridas por tales conductas delictivas, con otro tipo de infracciones criminales que se cometen de modo masivo y que entran, en cambio, plenamente dentro de la normalidad.

El debate sobre el derecho penal del enemigo adquirió mayor fuerza y se ha denominado como tal, a una multiplicidad de situaciones, sin embargo, tales afirmaciones en no pocas oportunidades, desnaturalizan o eliminan por completo el sentido que el concepto tiene, a pesar de que ha sido ubicado como una parte del derecho penal, con características y elementos específicos; parte de la doctrina ha asumido que el derecho penal del enemigo carece de toda legitimidad, debido a que el término "enemigo", genera un rechazo inicial por la palabra en sí misma.

Es claro además, que ante el fenómeno constituido por el aumento de la conflictividad social, la instauración de estas medidas pretende generar una sensación de seguridad a través de un derecho penal de riesgo, que desemboca en un estado preventivo, con el consiguiente ahogo al estado de derecho. Se procura reemplazar la ofensiva por el



peligro y su legitimación, aduciendo que cuando la sociedad se alarma es necesario hacer leyes penales, como se hizo siempre que se invocó una emergencia.

La viabilidad de los postulados analizados, deviene inadmisibles – además –, entre otras razones:

- a) Un derecho penal autoritario siempre se introduce como excepción y luego se generaliza y se convierte en ordinario;
- b) No es posible distinguir claramente entre la pena que contiene, y aquella que pretende cumpla otros fines y funciones;
- c) El derecho penal del enemigo tiene una marcada raigambre (antecedentes) antiliberal, que entronca con la teorización política del mejor jurista del nazismo, Carl Schmitt.

Las distintas manifestaciones modernas del derecho como derecho penal simbólico, derecho penal moderno, derecho penal autoritario, derecho penal punitivo, etc., sirven de base para la construcción del derecho penal del enemigo. En las actuales circunstancias político criminales estas concepciones se ven secundadas por ciertos sectores políticos como la izquierda que, demanda mayor descriminalización y la derecha política que, por su parte, demanda mayor criminalización.



El estado democrático es de una inspiración humanista, afirmando el valor y dignidad de la persona como base de todos los derechos humanos. Haciendo una referencia a Kant, todo ser humano debe ser considerado como un fin en sí y no como un medio o instrumento.

La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el estado.

Es cuestionable, desde todo punto de vista, el trato que se le da a la persona excluyéndolo de su rol, despersonalizándola categorizándola como no persona. En el derecho penal del enemigo podemos distinguir dos tipos de seres humanos, el ciudadano, aquel que vive con arreglo a las normas que dicta el estado, a través de su ordenamiento jurídico, y, por otro lado está el individuo catalogado como un sujeto extremadamente peligroso, considerándolo como enemigo, porque no está de acuerdo y no se conduce respetando dichas normas dictadas por el estado.

Ya desde Grecia, Roma y ahora con esta concepción, se distingue esta dicotomía (división) de la persona y no persona, los ciudadanos y los ultramontanos, desde luego, eran segregados como ahora en calidad de no personas. Atribuirle al agente delictivo la autoexclusión de la condición de persona, es arbitrario y autoritario; se crea un derecho penal de riesgo con características antiliberales.



Desde todo punto de vista el derecho penal del enemigo es violatorio y atentatorio contra la dignidad humana. Claus Roxin habla también de una dignidad de la humanidad.³²

En principio, un ordenamiento jurídico debe mantener dentro de él también al criminal, por una doble razón: por un lado, el delincuente tiene derecho a volver arreglarse con la sociedad, y debe de mantener su status como persona, como ciudadano; por otro, el delincuente tiene el deber de proceder a la reparación, y también los deberes tienen como presupuesto la existencia de personalidad, dicho de otro modo, el delincuente no puede despedirse arbitrariamente de la sociedad a través de su hecho.

Frente al enemigo, la criminalización, es sólo coacción física, hasta llegar a la guerra; tergiversa el fin de la pena, convierte en un medio para el mantenimiento de la vigencia de la norma, se olvidan que la pena reacciona frente al delito, reafirmando la validez de la norma, como prevención general.

El derecho penal del enemigo es políticamente erróneo, es inconstitucional, desde su construcción sobre la base de una no persona, de un agente no considerado persona, o despersonalizado; sólo puede ser concebido como instrumento para identificar al no derecho penal, diametralmente opuesto al derecho penal ordinario.

Desde la perspectiva de un entendimiento de la pena y el derecho penal con base en la prevención general positiva, la reacción que reconoce excepcionalidad a la infracción

³² Roxin, Claus. **Problemas actuales de la dogmática penal**. Pág. 28.



del enemigo, mediante un cambio de paradigma de principios y reglas de responsabilidad penal, es disfuncional, de acuerdo con el concepto de derecho penal. Desde esta perspectiva, cabe afirmar que el derecho penal del enemigo jurídico positivo, cumple una función distinta del derecho penal del ciudadano.

Con una manifestación técnica- jurídica destaca la función divergente de la pena del derecho penal del enemigo con el principio del hecho, vulnera diversos puntos de este principio, atribuyendo responsabilidad jurídico penal a meros pensamientos³³. Así también debe rechazarse un derecho penal orientado en base a la actitud interna del autor. Estimo que este tipo de actuaciones va en contra de los derechos humanos, violentando los principios de igualdad, de presunción de inocencia, del debido proceso y todas las garantías derechos fundamentales de la persona.

Ejemplo de ello es lo ocurrido en noviembre del 2001, en Estados Unidos de América, cuando el presidente George Bush, dictó un decreto presidencial para asuntos militares, lo cual nos da un indicio que aplicó el derecho penal del enemigo, donde incluye normas secretas de carácter clasificado; dentro de ellas se contempla la detención sin plazo fijo de cualquier sospechoso, establece pena perpetua, el impedimento de interponer recursos judiciales al acusado, espionaje telefónico; desconociendo todo tipo de derecho a los detenidos como se hizo en Afganistán y en Irak.

³³. Jakobs y Cancio Meliá. **Ob. Cit.** pág. 99.



CAPÍTULO III

3. El derecho penal del enemigo y su colisión legal

Para comenzar este capítulo, recordaremos el concepto de derecho penal del enemigo indicado anteriormente.

Consiste en el conjunto de normas jurídicas, que sancionan la conducta de un sujeto peligroso, en una etapa muy anterior a un hecho delictivo, sin esperar una lesión posterior tardía. Se sanciona la conducta y la peligrosidad del sujeto y no sus actos. Existen sujetos que han de ser tratados y estimados como enemigos.

A diferencia del derecho penal ordinario, en donde se castiga el hecho ya cometido, el derecho penal del enemigo castiga el hecho futuro.

Basándome en ese concepto anterior, puedo determinar si el derecho penal del enemigo es o no, aplicable a nuestra legislación, comenzando con la Constitución Política de la República de Guatemala, seguidamente los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, y por último la ley ordinaria.



3.1. Constitución Política de la República de Guatemala

Realizando un breve análisis a los artículos de la Constitución Política de la República de Guatemala, podremos determinar si es posible que dicha, legislación acoja esta figura del derecho penal del enemigo.

Para el efecto iniciaré con el Artículo 2, de la Constitución de la República de Guatemala, el cual establece: “Deberes del estado. Es deber del estado garantizarle a los habitantes de la república la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona.”

Este artículo, establece el compromiso del estado para velar porque los derechos que le corresponden a los habitantes de la república, sean respetados, cumplidos y garantizados. El estado debe garantizar no sólo la libertad, sino también otros principios como la justicia, el desarrollo integral de la persona y para ello debe adoptar las medidas que a su juicio sean convenientes; cabe resaltar el principio de seguridad jurídica, el cual consiste en la confianza que tiene el ciudadano en el ordenamiento jurídico dentro de un estado de derecho, es decir, hacia el conjunto de leyes que garantizan su seguridad y demanda que dicha legislación sea coherente e inteligible.³⁴

Por su lado el Artículo 4 establece: “Libertad e igualdad. Todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos... Ninguna persona puede ser sometida a servidumbre ni a otra condición que menoscabe su dignidad...”

³⁴. Corte de Constitucionalidad. **Gaceta No. 61, expediente No. 1258-00, sentencia: 10-07-01.**Pág. 4.



El derecho penal del enemigo, asume que la persona que ha delinuido, no respeta las normas penales, y por lo tanto, se le debe excluir del derecho penal ordinario, esto trae aparejada la consecuencia de no tener derecho a los principios garantistas penales. La función del derecho penal del enemigo es la eliminación de un peligro, o de un sujeto peligroso, que por su condición de tal, no amerita ser tratado como persona; existe una supresión o negación de algunos derechos o garantías fundamentales, no existiendo la libertad de hacer lo que no es prohibido ni la igualdad en personas.

El derecho penal del enemigo indica que aquella persona catalogada como potencialmente peligrosa, pierde su calidad absoluta de persona, y pasa a ser un enemigo, casi un animal peligroso, o un hecho de la naturaleza que hay que combatir, antes que cause daño.

Es violentado el derecho de igualdad ya que al momento en el que una persona delinque, el derecho penal del enemigo la trata de una manera distinta, al grado de considerar que no merece tratarse como persona, y se le deben negar o disminuir algunos derechos fundamentales que le corresponde. Además, ¿Quién tendría la responsabilidad de determinar quién es considerado un enemigo y quién no?

Todas las personas deben ser tratadas por igual, deben gozar de las garantías que la Constitución Política de la República de Guatemala, los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos y las leyes ordinarias les conceden para que puedan



defenderse y hacer valer sus derechos en un proceso justo y legal; si esas garantías son denegadas, no tendría ningún propósito su existencia.

Así pues estimo que disposiciones de esta naturaleza violan no sólo, el derecho de igualdad que la Constitución Política de la República de Guatemala, confiere a todos los habitantes de la República, sino también varios artículos de leyes ordinarias guatemaltecas, los cuales mencionaré posteriormente.

Con el derecho penal del enemigo se sancionan conductas previsibles, aún desde antes de cometerse el delito, con el justificativo de evitar que, al consumarse el mismo aparezca un daño irreparable de graves y grandes proporciones. Con lo cual se viola o atropella el artículo 12 de la Constitución de la República de Guatemala, el cual establece:

“Artículo 12. Derecho de defensa. La defensa de la persona y sus derechos son inviolables. Nadie podrá ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante juez o tribunal competente y preestablecido...”

Es decir que toda persona tiene derecho a defenderse en un juicio; al sancionarse conductas previsibles, incluso antes de cometido el delito, se estaría violando el derecho de defensa, ya que se castigaría a las personas sólo por el hecho de tener determinada conducta o patrón, y no porque realmente sean culpables de un hecho delictivo.



La disposición constitucional supra citada, se encuentra desarrollada en Código Procesal penal de la República de Guatemala, mismo que establece:

“Artículo 4. Juicio Previo. Nadie podrá ser condenado, penado o sometido a medida de seguridad y corrección, sino en sentencia firme, obtenida por un procedimiento llevado a cabo conforme a las disposiciones de este código y a las normas de la Constitución, con observancia estricta de las garantías previstas para las personas y de las facultades y derechos del imputado o acusado.”

Vemos de esta manera, que es de observancia estricta, que se respeten y se garanticen esos derechos fundamentales que las personas tienen, no sólo para defenderse en un proceso, sino también por el simple hecho de ser personas.

Asimismo, es necesario que exista un proceso previo al castigo ya que el fin del proceso es la averiguación de un hecho señalado como delito o falta, y de las circunstancias en que pudo ser cometido, el establecimiento de la posible participación del sindicado; el pronunciamiento de la sentencia respectiva, y la ejecución de la misma.

Además nadie puede ser juzgado, condenado, penado o sometido a medida de seguridad y corrección, sino por los tribunales designados por la ley, antes del hecho de la causa, como lo establece el Artículo 12 Constitucional, al indicar que los tribunales competentes y preestablecidos son los únicos con la facultad de conocer sobre los procesos para dictar sentencias o las medidas que estiman necesarias.



Son muchas las violaciones a los derechos fundamentales que se comenten a diario en varios países del mundo, los que aplican el derecho penal del enemigo en su legislación; podemos mencionar como ejemplo: Estados Unidos de América, solo basta con leer los periódicos, y podremos encontrar noticias en donde a personas inocentes, se les califica por un determinado patrón o características físicas, y son detenidas, o se les niega el paso al país.

A continuación daré un ejemplo de un hecho real que fue publicado en una página de Internet, se trata de una noticia que sucedió en Canadá el treinta de mayo del año dos mil once. Al ser herramientas preventivas, las listas de sospechosos de terrorismo siguen por su propia naturaleza unos criterios mucho más arbitrarios que las fuerzas policiales o los propios fiscales ejercen a la hora de acusar a alguien formalmente de un delito.

El ciudadano canadiense Maher Arar, sabe muy bien lo doloroso que puede resultar figurar en una de esas listas rojas de Estados Unidos de América, Arar fue detenido en un aeropuerto de Nueva York en dos mil dos, desde donde las autoridades norteamericanas le deportaron a Siria. Allí fue encarcelado aproximadamente un año.

Una investigación judicial ordenada por el gobierno de Canadá concluyó posteriormente que Arar no tiene, ni tenía nada que ver con el terrorismo. El Gobierno de su país le ha tenido que indemnizar con más de siete millones de euros en



compensación por todo lo sufrido. Pero aun así, Arar continúa en la lista de sospechosos de Estados Unidos de América.

La pesadilla de Arar comenzó cuando la Policía Montada de Canadá lo calificó de sospechoso de terrorismo por su asociación con Abdullah Almalki, otro canadiense torturado en Siria, debido a información facilitada por las autoridades de su país. Otra investigación judicial también encontró a Almalki totalmente libre de sospecha.

Las amplias consecuencias de estar en una lista de sospechosos de Estados Unidos de América, se pudieron ver claramente cuando Moazzem Begg, un activista británico a favor de los derechos humanos y ex-presos en Guantánamo, Cuba, no pudo subir a un vuelo de Air Canadá, en Londres, cuando iba a impartir una conferencia en Toronto sobre islamofobia. Según ha explicado un portavoz de Air Canadá, la aerolínea está obligada a aplicar la lista no-fly de pasajeros que aunque directamente no viajen a Estados Unidos de América, en los vuelos que en caso de un cambio en su trayectoria, podrían entrar en su espacio aéreo.”³⁵

De esta forma expongo las acciones que pueden traer graves consecuencias sobre las personas que son inocentes.

³⁵ Contenta, Sandro. *¿Quién es el siguiente en la lista de EEUU de peligrosos terroristas?* www.noticias.lainformacion.com Toronto, Canadá. 30/ 05/ 2011.



Comparando el caso sucedido a este hombre, vamos a continuar con algunas garantías que otorga la Constitución Política de la República de Guatemala para la detención de una persona.

“Artículo 6. Detención legal. Ninguna persona puede ser detenida o presa, sino por virtud de orden librada con apego a la ley por autoridad judicial competente. Se exceptúan los casos de flagrante delito o falta...”

Es decir que sin alguna de estas causas, no le es permitido a la autoridad, detener o apresar a una persona. Para el caso ejemplificado, de haber sucedido en nuestro país, se habrían violado un buen número de garantías constitucionales.

Por otro lado la Constitución Política de la República de Guatemala para efectos de llevar a cabo una detención establece:

“Artículo 7. Notificación de la causa de detención. Toda persona detenida deberá ser notificada inmediatamente, en forma verbal y por escrito, de la causa que motivó su detención, autoridad que la ordenó y lugar en el que permanecerá. La misma notificación deberá hacerse por el medio más rápido a la persona que el detenido designe y la autoridad será responsable de la efectividad de la notificación.”

Toda persona que se encuentre detenida tiene el derecho de conocer la razón que motivó su detención, caso contrario estaríamos en presencia de una detención ilegal; este derecho a conocer el motivo, permite al detenido a ejercer de forma más eficiente



su derecho de defensa, para que pueda ser oída por una autoridad competente y se resuelva el conflicto en su contra.

Por su lado el artículo 8 constitucional establece:

“Artículo 8. Derechos del detenido. Todo detenido deberá ser informado inmediatamente de sus derechos en forma que le sean comprensibles, especialmente que pueda proveerse de un defensor...”

De esta misma manera se pronuncia el artículo 92 del código procesal penal de la República de Guatemala, el cual refiere:

“El sindicado tiene derecho a elegir un abogado defensor de su confianza.”

En cuanto al interrogatorio a detenidos expresa la Constitución Política de la República de Guatemala:

“Artículo 9. Interrogatorio a detenidos o presos. Las autoridades judiciales son las únicas competentes para interrogar a los detenidos o presos... El interrogatorio extrajudicial carece de valor probatorio.”

Solamente las autoridades competentes para hacerlo, podrán interrogar a los detenidos o presos. Si se realiza algún interrogatorio sin la presencia del juez, éste carecerá de valor probatorio. Esta disposición otorga la garantía de defensa al detenido o preso



para que no se tengan por ciertos los argumentos que no se han manifestado, frente a la autoridad judicial y en algún momento quieran atribuírselas.

En cuanto a los centro de detención dispone la Constitución Política de la República de Guatemala:

“Artículo 10. Centro de detención legal. Las personas aprehendidas por la autoridad no podrán ser conducidas a lugares de detención, arresto o prisión diferentes a los que están legal y públicamente destinados al efecto.”

El debido proceso, la defensa de la persona y sus derechos son inviolables. Esta garantía consiste en la observancia de todas las normas relativas a la tramitación del juicio, y el derecho de las partes de obtener un pronunciamiento que ponga término a la acusación en su contra. Implica la posibilidad efectiva de ocurrir ante el órgano jurisdiccional competente, para procurar la obtención de la justicia y de realizar ante el mismo, todos los actos legales encaminados a la defensa de sus derechos en juicio, debiendo ser oído y dársele la oportunidad de hacer valer sus medios de defensa en la forma y con las solemnidades prescritas en las leyes respectivas, si al aplicar la ley procesal al caso concreto se priva a la persona de su derecho de accionar ante los jueces competentes y preestablecidos, de defenderse, de ofrecer y aportar prueba, de presentar alegatos, de usar medios de impugnación contra resoluciones judiciales,



entonces se estará ante una violación de la garantía constitucional del debido proceso..”³⁶

“Artículo 14. Presunción de inocencia y publicidad del proceso. Toda persona es inocente, mientras no se le haya declarado responsable judicialmente, en sentencia debidamente ejecutoriada.”

De la misma manera se expresa el artículo 14 del código procesal penal:

Tratamiento como inocente. El procesado deber ser tratado como inocente durante el procedimiento, hasta tanto una sentencia firme lo declare responsable y le imponga una pena o una medida de seguridad y corrección.

Las disposiciones de esta ley que restringen la libertad del imputado o que limitan el ejercicio de sus facultades, serán interpretadas restrictivamente; en esta materia, la interpretación extensiva y la analogía quedan prohibidas mientras no favorezcan la libertad o el ejercicio de sus facultades.

Las únicas medidas de coerción posibles en contra del imputado son las que el código procesal penal autoriza, tendrán carácter de excepcionales y serán proporcionales a la pena o medida de seguridad y corrección que se espera del procedimiento, con estricta sujeción a las disposiciones pertinentes.”

³⁶ Corte de Constitucionalidad. **Gaceta No. 54, expediente 105-99, página No. 49, sentencia: 16-12-99. Pág. 7.**



En el caso anteriormente mencionado, de haber sucedido en nuestro país, no se respetaría esta disposición constitucional, ya que el señor Arar fue deportado a Siria y casi un año después, gracias a una investigación judicial, fue descubierta su inocencia, acción que, si se hubiese practicado con anterioridad, el señor Arar no habría tenido que sufrir las torturas y demás vejámenes que padeció, ya que se hubiese declarado su inocencia.

Tomando en cuenta que el derecho penal del enemigo, castiga los hechos futuros y no los hechos que han sido cometidos, como lo hace el derecho penal ordinario, aplicar una disposición así, sería inconstitucional.

“Artículo 26. Libertad de locomoción. Toda persona tiene libertad de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio nacional y cambiar de domicilio sin más limitaciones que las establecidas por la ley.”

Si no hay una causa que justifique, por qué una persona no puede tener derecho de entrar o salir de un país, no puede negársele el derecho de libre locomoción.

El Artículo 44 constitucional por su parte establece:

“Derechos inherentes a la persona humana. Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana. Son nulas ipso jure las leyes y las disposiciones



gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza.”

Hemos ya realizado una pequeña comparación del caso expuesto como ejemplo y las disposiciones de la Constitución Política de la República de Guatemala, y es posible determinar que si el derecho penal del enemigo se aplicara a nuestra orden jurídico, se violarían muchas garantías y derechos fundamentales que le corresponden a la persona humana; y como este artículo lo describe, sería contrario a lo que establece dicha Constitución.

3.2. Instrumentos internacionales en materia de derechos humanos.

A fin de desarrollar este tema, tomaré como referencia las disposiciones establecidas en la Declaración universal de los derechos humanos y la Convención americana sobre derechos humanos –Pacto de San José–, y cómo la aplicación del derecho penal del enemigo afecta los derechos y garantías otorgados por éstas.

Los derechos humanos son atributos inherentes a la persona, desde que nace hasta que muere, los cuales deben ser consagrados y garantizados.

Los derechos humanos son derechos naturales, y por ello se les denomina ius-naturalistas; poseen un vínculo con la naturaleza propia del ser humano.



El profesor Gregorio Peces Barba dice de los derechos humanos lo siguiente:

“Facultad que la norma atribuye de protección a la persona en lo referente a su vida, libertad, igualdad, participación política o social, o cualquier otro aspecto fundamental que afecte a su desarrollo integral como persona en una comunidad de hombres libres, exigiendo el respeto de los demás hombres, de los grupos sociales y del estado en caso de infracción.”³⁷

Los derechos humanos son derechos naturales, pero estos deben ser protegidos por el sistema jurídico de un estado. No se trata de derechos que nacen con la formación de un estado sino que deben ser protegidos por éste.

Los derechos humanos son inmutables, absolutos y universales. No solo deben estar consagrados en el derecho interno de un país, sino que deben ser efectivamente cumplidos. En cuanto a los derechos humanos, se ha escrito que la sociedad contemporánea reconoce que todo ser humano, por el hecho de serlo, tiene derechos que el estado debe respetar y garantizar; los que conocemos como derechos humanos de primera generación. El mismo estado está llamado a organizar su acción con el fin de *satisfacer su plena realización*, los que conocemos como derechos humanos de segunda generación; en el primer caso se trata de derechos inherentes a la persona, y en segundo caso, son derechos que se afirman frente al poder público.

³⁷. Prado, Gerardo. **Derecho constitucional guatemalteco**. Primera Edición, Editorial Praxis, Guatemala, 2001. Pág. 41.



3.2.1. Declaración Universal de los Derechos Humanos

Esta declaración fue dada como un ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que exista un respeto a los derechos y a las libertades y, que se asegure su reconocimiento y aplicación universales.

Cabe mencionar que los estados miembros de esta declaración, se han comprometido a asegurar, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo a los derechos fundamentales que corresponden a toda persona; esta declaración establece que todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

Todas las personas tienen los derechos que se proclaman en esa declaración, sin distinción alguna de raza, sexo, color, idioma, opinión política, religión, origen nacional o social, posición económica o cualquier otra condición, no debe existir discriminación alguna.

El derecho penal del enemigo, crea un determinado patrón de personas que tienen características semejantes y las considera peligrosas, incluso llega a considerar que son hechos de la naturaleza que hay que combatir antes de que causen algún daño.

Toda persona tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad, todos somos iguales ante la ley y tenemos, sin distinción, derecho a igual protección.



El derecho penal del enemigo aplica un castigo previo a que se realice el daño, incluso previamente a llegar a determinar si la persona es peligrosa o no, y el estado puede abstenerse de respetar algunos derechos que son fundamentales para las personas.

Se castiga el hecho futuro, por lo tanto las personas no tienen la oportunidad de defenderse, no existe esa igualdad ante la ley; esta acción va en contra del derecho que tienen toda persona de ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos universales y como persona individual.

Asimismo, como mencioné en el apartado de la Constitución Política de la República de Guatemala, toda persona acusada de algún delito, tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley, en juicio público en el que se haya asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.³⁸

El Artículo 12 de la declaración universal de los derechos humanos establece que:

“Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.”

³⁸. Declaración universal de derechos humanos. Artículo 11.



Concluye esta declaración afirmando que el estado no tiene el poder de emprender y desarrollar cualquier actividad o realizar actos tendenciales a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en la misma.

3.2.2. Convención Americana de Derechos Humanos

El Gobierno de la República de Guatemala, ratificó la convención americana sobre derechos humanos, suscrita en San José de Costa Rica, el veintidós de noviembre de 1969.

Esta declaración establece que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria, de la que ofrece el derecho interno de los estados americanos.

En su artículo 1 la convención americana de derechos humanos, declara:

“Los estados partes en esta convención se comprometen, a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella, y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

Considerando que Guatemala es uno de los estados que forma parte de esta convención, no puede permitir que existan leyes, procedimientos, o cualquier tipo de disposición que viole alguno de los derechos de las personas.

Si Guatemala implementara en su legislación el derecho penal del enemigo, estaría incumpliendo con lo que ha ratificado en esta convención, ya que se violaría el derecho a la igualdad, el derecho, la seguridad e integridad de la persona, el derecho de defensa, entre otros.

Con respecto al derecho de la integridad personal, esta convención declara:

“Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.”

El derecho penal del enemigo, permite que muchas garantías fundamentales a la persona no sean observadas, y que se trate a las personas consideradas como enemigos como animales peligrosos, no dignos de que se les considere como personas.

Las personas tienen derecho a una libertad individual, nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones preestablecidas en el derecho interno de los estados parte.



Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.

Toda persona detenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, de la sindicación formulada contra ella, debe ser llevada, ante un funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

En los estados parte, cuyas leyes prevean que toda persona que esté amenazada de ser privada de su libertad, tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido.³⁹

Las personas tienen derecho a la legítima defensa, a que un Juez competente conozca de la situación en la que se encuentran, y de que se decida sobre la legalidad de los actos que se están cometiendo en contra de ella.

Toda persona tiene derecho a defenderse, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, ante un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones.

³⁹. Convención americana sobre derechos humanos. Artículo 7.



Nuevamente podemos ver la protección al derecho de inocencia cuando esta convención declara que toda persona a quien se le atribuya acción de delinquir, tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.

Además, esta convención establece que durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- a) Derecho del imputado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal. Esto es muy importante, ya que muchas veces no se respeta, y las personas no pueden entender lo que se les imputa, y como consecuencia, no pueden defenderse plenamente.
- b) Comunicación previa y detallada al imputado de la imputación formulada; la persona debe conocer la causa que motivó su detención.
- c) Concesión al imputado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa.
- d) Toda persona tiene derecho a utilizar los medios de prueba legales para demostrar su inocencia o comprobar lo que declara.
- e) Derecho del imputado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y, de comunicarse libre y privadamente con su defensor;



toda persona tiene derecho a un defensor que le de dirección y lo asesore en el proceso.

- f) Derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el estado, remunerado o no según la legislación interna, si el imputado no se defendiere por sí mismo, ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; en Guatemala, como en muchos otros países, si la persona acusada no puede pagar un defensor, el estado le proporcionará uno de oficio; vemos entonces la importancia de este derecho .
- g) Derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan proporcionar información fehaciente sobre los hechos.
- h) Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo, ni a declararse culpable.
- i) Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

Toda persona tiene derecho a impugnar las resoluciones judiciales, utilizando los medios adecuados para hacerlo.

La confesión del imputado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.



El Artículo 10 de la citada convención establece:

“Derecho a indemnización. Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley, en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial.”

Nuevamente podemos ver la protección de la honra, cuando esta convención declara que toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.

Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

Al momento de etiquetar a las personas como peligrosas, castigándolas por un delito que aún no han cometido, en el acto que daña la reputación de las personas y su vida en la sociedad; toda persona tiene derecho a recurrir ante los jueces o tribunales competentes para que la amparen contra cualquier acto que viole sus derechos fundamentales.

Derechos que no son ofrecido por el derecho penal del enemigo, ya que éste castiga los hechos futuros, y se atribuye a determinado grupo de personas, algún acto o peligro que podría realizarse; además de no tratar como personas a los considerados como enemigos.

El derecho penal del enemigo viola muchas de las garantías fundamentales de las personas, los cuales son establecidos y reconocidos por los múltiples tratados internacionales, que los estados miembros, entre ellos Guatemala, han ratificado, por lo tanto se obligan a respetar y garantizar.

3.3. Ley Contra la Delincuencia Organizada

Podemos mencionar esta ley como lo más cercano que tenemos en nuestra legislación al derecho penal del enemigo.

La delincuencia organizada es un flagelo que actualmente ha colocado a los habitantes de la República en un estado de sumisión por su funcionamiento organizacional, lo que hace necesario un instrumento legal para perseguir, procesar y erradicar a la delincuencia organizada.

Esta ley tiene por objeto establecer las conductas delictivas que se le atribuyen a los integrantes y/o participantes de las organizaciones criminales, el establecimiento y regulación de los métodos especiales de investigación y persecución penal, así como todas aquellas medidas con el fin de prevenir, combatir, desarticular y erradicar la delincuencia organizada.

Se considera grupo delictivo organizado u organización criminal, a cualquier grupo estructurado de tres o más personas, que exista durante cierto tiempo y que actúe



concertadamente, con el propósito de cometer uno o más de los delitos que se enumeran a continuación:

- a) De los contenidos en la Ley Contra la Narcoactividad.
- b) De los contenidos en la Ley Contra el Lavado de Dinero u otros Activos.
- c) De los contenidos en la Ley de Migración.
- d) De los contenidos en la Ley para Prevenir y Reprimir el Financiamiento del Terrorismo: financiamiento del terrorismo y trasiego de dinero.
- e) De los contenidos en el Código Penal.
- f) De los contenidos en la Ley Contra la Defraudación y el Contrabando Aduaneros.

Entre los delitos están contemplados el delito de conspiración: cuando se concierte la comisión de otros ilícitos relacionados con actividades de narcoactividad, lavado de dinero, tráfico de personas, financiamiento del terrorismo, peculado, evasión, asesinato, terrorismo, la defraudación aduanera y otros delitos económicos y contra el patrimonio.

También se establecen nuevas figuras penales como la asociación ilícita, la asociación ilegal de gente armada, el entrenamiento para actividades ilícitas, el uso ilegal de uniformes e insignias, la comercialización de vehículos y similares robados en el



extranjero o en el territorio nacional. Por último se crearon los delitos de obstrucción de justicia, exacciones intimidatorios y el de obstrucción extorsiva de tránsito, este último aplicable al cobro de impuesto de circulación aplicado por las maras (pandillas juveniles) a las unidades del transporte urbano.

Por medio de esta ley se establece el procedimiento para investigar, a estos grupos delictivos organizados; la investigación deberá extenderse al descubrimiento de las estructuras, formas de operación y ámbitos de actuación de estos grupos.

Vemos que existe una investigación previa, a acusar a determinada persona, la investigación tiene como objeto descubrir las actuaciones, métodos, o formas de llevar a cabo los hechos delictivos por estos grupos.

Incluso esta ley establece, métodos especiales de investigación, las cuales deben ser autorizadas previamente por el Fiscal General de la República y Jefe del Ministerio Público de la República de Guatemala; dentro de estos métodos especiales de investigación podemos mencionar, las operaciones encubiertas, las entregas vigiladas, y la interceptación de comunicaciones, las cuales quedan bajo la solidaria responsabilidad del agente fiscal encargado del caso y con estricto apego a lo que establece la ley.

A) Operaciones encubiertas: Se entenderá por operaciones encubiertas, aquellas que realizan agentes encubiertos con la finalidad de obtener información o evidencias que permitan procesar a las personas que forman parte de grupos



delictivos organizados y su desarticulación, mediante el diseño de estrategias eficaces con estricto control del Ministerio Público.

También se habla sobre los agentes encubiertos, quienes son funcionarios policiales especiales que voluntariamente, a solicitud del Ministerio Público, se les designe una función con la finalidad de obtener evidencias o información que permitan descubrir y procesar a los miembros de grupos delictivos organizados.

El reto principal es reclutar, capacitar y someter a controles efectivos al personal policial que será encargado de las tareas operativas, remuneraciones honrosas, constantes evaluaciones, controles patrimoniales y pruebas de polígrafo, son parte de mecanismos que deben institucionalizarse, especialmente de agentes encubiertos que en el terreno práctico se ven involucrados en actividades altamente rentables.

Los agentes encubiertos podrán asumir transitoriamente identidades y roles ficticios, actuar de modo secreto y omitir la realización de los procedimientos normales de su cargo ante la comisión de delitos.

Estos agentes encubiertos tienen dentro de sus funciones las siguientes:

a) Intervenir en el tráfico comercial



- b) Asumir obligaciones, ingresar y participar en reuniones en el lugar de trabajo o domicilio del imputado, o los lugares donde el grupo delictivo organizado lleve a cabo sus operaciones y transacciones.

Las operaciones encubiertas deben cumplir con determinados requisitos en su solicitud, entre los cuales figuran los siguientes:

- a) Constar por escrito.
- b) Descripción del hecho que se investiga indicando el o los posibles delitos en que incurre.
- c) Antecedentes que permitan presumir que la operación encubierta facilitará la consecución de los objetivos que se persiguen.
- d) La descripción de cómo desarrollar la obtención de la información y los métodos que se utilizarán para documentarla.
- e) La estrategia de una identidad ficticia y las funciones de los agentes encubiertos que intervendrán en la operación; la identidad real será únicamente del conocimiento del fiscal encargado del caso, en plica cerrada la identidad real del agente encubierto, la que quedará al resguardo del Fiscal General de la República y Jefe del Ministerio Público.



- f) Las alternativas cuando se conozca, el nombre, sobrenombre o cualquier otra circunstancia que permita identificar a las personas o integrantes presuntamente vinculadas a la organización criminal.

Durante la operación los fiscales deberán documentar la información que reciban de forma verbal por los agentes encubiertos.

Ésta podrá obtenerse mediante seguimientos, vigilancias, grabación de voces de las personas investigadas, la utilización de micrófonos u otros mecanismos que permitan tal finalidad, fotografías, grabación de imágenes u otros métodos técnico científicos que permitan verificar la información proporcionada por los agentes encubiertos.

B) Entregas Vigiladas: Se entenderá por entrega vigilada el método de investigación que permite el transporte y tránsito de remesas ilícitas o sospechosas, así como de drogas o estupefacientes y otras sustancias, materiales u objetos prohibidos o de ilícito comercio, que ingresen, circulen o salgan del país, bajo la estricta vigilancia o seguimiento de autoridades previstas en la Ley.

Este método se utilizará con el fin de descubrir las vías de tránsito, el modo de entrada y salida del país, el sistema de distribución y comercialización, la obtención de elementos probatorios, la identificación y procesamiento de los organizadores, transportadores, compradores, protectores y demás partícipes de las actividades ilegales.



Autorizada la entrega vigilada, el fiscal responsable del caso deberá coordinar con el jefe de la unidad especial, la designación de los agentes que desarrollarán la entrega vigilada, quienes serán responsables de informar permanentemente al fiscal del avance de la operación, para que éste pueda decidir sobre diligencias procesales pertinentes cuando lo estime necesario.

La última novedad que la ley plantea es la del uso de informantes, incluso participantes de las actividades criminales que la ley combate, para que, en determinadas condiciones, reciban beneficios procesales y rebajas de su sanción a cambio de información efectiva que contribuya a esclarecer los hechos y procesar a otros participantes en ellos.

Cuando sea necesario evitar, interrumpir o investigar la comisión algunos delitos específicos, podrá interceptarse, grabarse y reproducirse, con autorización judicial, comunicaciones orales, escritas, telefónicas, radiotelefónicas, informáticas y similares que utilicen el espectro electromagnético, así como cualesquiera de otra naturaleza que en el futuro exista.

También esta ley creó en el año dos mil seis la figura del colaborador eficaz, una herramienta para la investigación judicial, que permite resolver casos con la ayuda de testimonios de personas involucradas en un crimen y que de manera voluntaria y de acuerdo a la importancia de la información, la persona puede o no recibir algunos beneficios en su proceso judicial.



Esta figura ha sido aplicada con resultados muy positivos en países como Alemania, estados Unidos, Perú, Colombia, Chile, España, en donde este tipo de colaboración ha demostrado su efectividad.

Vemos entonces, que es posible la existencia de un control en la criminalidad y de los posibles peligros que puedan existir, por medio de métodos adecuados e idóneos que permitan combatirla; sin necesidad de vulnerar los derechos y garantías que pertenecen a la persona humana, los cuales son amparados por la Constitución Política de la República de Guatemala, y los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, ratificados.



CAPÍTULO IV

4. El derecho penal del enemigo en otras legislaciones

4.1. México

¿Quién es el enemigo del derecho penal? Cuando pensamos en el enemigo del derecho penal acudimos, necesariamente, a la imagen de aquellos entes que desafían de manera frontal al derecho que en los países del centro, son el terrorismo y la inmigración y, en la periferia el discurso de la enemistad se dirige en contra del narcotráfico, especies del género conocido bajo el epígrafe de: delincuencia organizada.

Al tema del enemigo, las ciencias penales le han dedicado poca importancia; así el objeto de estudio de los penalistas postmodernos no es la teoría funcional del delito con el corolario de imputación objetiva, pasando por alto que al crear o aumentar un riesgo jurídicamente desaprobado, se incumple el rol de buen ciudadano para autoexcluirse del circuito de comunicación social e incluirse en la categoría de enemigo.

En igual sentido se manifiesta el derecho de los procedimientos penales, el derecho penitenciario, la criminología, la penología y la política criminal al omitir el análisis del enemigo. En tal sentido resulta por demás extraño que se otorgue tan poca atención al



tema de la enemistad punitiva, cuando este ha sido el eje rector de los procesos criminalizadores.

En la época moderna, digamos que de los años ochenta en adelante, se han dejado ver las reformas más significativas en materia penal en México.

En 1999 se modificó el texto constitucional haciendo un énfasis al cuerpo del delito y se deja constancia de una política criminal orientada hacia el endurecimiento estatal, lo que llevó a México a expedir un nuevo ordenamiento que según se dijo, era indispensable para combatir y enfrentar el crimen internacional, y esta es la Ley Contra la Delincuencia Organizada.

Se puede analizar que en la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, con mayor intensidad muestra características que se atribuyen al derecho penal del enemigo.

Uno de los rasgos del derecho penal del enemigo es que la ley no se orienta a fines preventivos, sino a emprender una lucha, una batalla en contra de los que considera diferentes de los ciudadanos normales.

De acuerdo con el derecho penal del enemigo, los extraños a la normativa se ubican en el plano de excepción de aquellos sujetos que por su peligrosidad potencial para la sociedad deben contar con menos derechos procesales que los ciudadanos normales, ese es el caso de los miembros de la delincuencia organizada.



México, en materia de la delincuencia organizada ha establecido varias disposiciones legales que dan cuenta de ciertos relajamientos de las garantías individuales, así como de excepciones a las formalidades del proceso penal.

Ahora bien, como ya adelantamos, esta iniciativa también plantea la inclusión del tipo penal de terrorismo internacional, asignándole una sanción que va de quince a cuarenta años de prisión, destacando el hecho, que se considera punible incluso la mera amenaza de cometer el acto terrorista, la preparación, y por supuesto, la conspiración misma. Se puede afirmar que en México también se encuentran presentes disposiciones legales que apuntan hacia las características del llamado derecho penal del enemigo.

Es innegable la existencia de una criminalidad organizada, que además opera a nivel internacional, constituye claramente uno de los nuevos riesgos para los individuos y los estados.

La existencia de enemigos en el sentido descrito, es un hecho real, y puesto que la falta de seguridad cognitiva existente respecto a ellos, es un problema que no puede ser resuelto con el derecho penal ordinario – del ciudadano – y tampoco con medios policiales, de ahí surge la necesidad de configurar un derecho penal del enemigo diferenciando sus principios y reglas.

México ha incorporado las distinciones de la norma constitucional misma, y no hay ninguna duda de que tal diferenciación no puede ser tildada de inconstitucional. En ese



país la legitimación del relajamiento de garantías se encuentra en la propia norma constitucional.

En relación a este punto, pude leer de la Constitución Política de los estados Unidos Mexicanos la existencia de un trato desigual respecto al plazo para retener a una persona que se encuentra detenida ante el Ministerio Público.

El Artículo 16 de la referida Constitución establece: "...ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponerse a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley."

No hay duda de que existe una restricción a las garantías procedimentales que operan de forma general para cualquier sujeto que se encuentre en el territorio mexicano, pero es una restricción que se da dentro del propio marco constitucional.

Es el propio Artículo 1 de la referida Constitución el que establece:

"En los estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga la Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece."



No hay nada que alegar en contra, al menos, sería un punto más que imposible, que con los instrumentos del derecho interno se pudiera combatir tales restricciones aun cuando resultaran contrarias a los planteamientos axiológicos que inspiran todo el sistema penal mexicano.

México ha sufrido una escalada de violencia sin límites en la historia contemporánea. Tal parece que es un estado de guerra, son noticia las imágenes de personas decapitadas, las narco matanzas, muertes de policías municipales, estatales y federales, descubrimientos de fosas comunes, corrupción de funcionarios públicos federales, estatales y municipales en los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, etc.

Ante este panorama sombrío, oscuro y desalentador donde el estado se vislumbra enfermo, débil, anquilosado e incapaz de combatir la fuerza de la delincuencia organizada, surge la pregunta de si es buena idea la aplicación de un derecho penal del enemigo en México.

La doctrina del derecho penal del enemigo, señala que no se le deben de aplicar las mismas leyes a las personas o grupos de individuos que además de tener un gran poder, presentan un comportamiento antisocial constante y reiterado capaz de atentar contra los cimientos de la sociedad, por lo cual, se justifica la aplicación de un régimen especial para combatirlos. Es como una legítima defensa social ante los grupos criminales, ante las agresiones de los delincuentes, utilizándose herramientas legales para combatirlos, es decir, existe una dualidad de leyes, unas que se aplican para los ciudadanos y otros para los enemigos (delincuencia organizada). La Constitución



mexicana fue reformada en materia de derecho penal en el año dos mil ocho, donde se implementaron los juicios orales, también se adicionaron reglas especiales en contra de la delincuencia organizada, satisfaciendo la constitucionalización del arraigo – declarado previamente como inconstitucional por la Suprema Corte de Justicia de la Nación –, la figura de la extinción de dominio, centros especializados de reinserción social, restricción de comunicaciones con terceros, reserva de datos en la acusación, etc., además ya es definida la delincuencia organizada en la misma Constitución como: “La organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley de la materia”.

Como podemos apreciar, la definición de delincuencia organizada no requiere que las personas lesionen o pongan en peligro un bien jurídico, sino que únicamente se necesita que tengan la intencionalidad delictiva.

Por lo tanto, se puede afirmar sin temor al error, que México con la reforma constitucional en materia penal ya es un país donde se encuentra vigente el derecho penal del enemigo, tal como lo señala el dictamen de la Cámara de Senadores respecto de la reforma penal:

“Un fenómeno que por sus características especiales en la capacidad de operación de la organización, la sofisticación de sus actividades, el impacto social de los delitos que



comete y, en general, su condición de amenaza en contra del estado , requiere de un tratamiento especializado”.⁴⁰

4.2. Colombia

En la cultura colombiana coexisten una diversidad de exclusiones sociales, algunas impuestas, otras adquiridas por factores como la falta de educación cívica, y ciertas categorizaciones de las personas por su raza, credo, región hasta el humor, muchas veces se convierte en una forma vedada de estigmatización social que ha sufrido Colombia, además de otros muchos factores socio-culturales que han llevado a desconocer al otro como miembro activo del contrato social.

Así es que en Colombia han existido los llamados enemigos, desde su misma conformación; los enemigos han sido los españoles conquistadores, luego los mismos criollos inmersos en unas guerras intestinas, los incrédulos perseguidos antes por la religión católica; en la actualidad los musulmanes nuevamente perseguidos, para muchos es como un segunda cruzada; los negros, indígenas, y sectores minoritarios, atacados por una silenciosa estrategia. Los gobiernos colombianos han perseguido a los comunistas, disidentes políticos, anarquistas, de una forma legal, pero dichas persecuciones han quedado en la mayor impunidad y olvido.

⁴⁰. Comisión mexicana de derechos humanos. **Derecho penal del enemigo, ¿una solución viable contra la delincuencia organizada?** México. 2009.



Como antecedentes en materia de seguridad en Colombia, puedo citar la creación del decreto número 1923 del año 1978, el cual fue creado para proteger la vida y honra de los ciudadanos, terminó convirtiéndose en un estatuto legal que introducía serias restricciones a los derechos y garantías individuales, creando tipos penales para tipificar arrestos incommutables por extensos períodos, con el argumento que, si era el medio eficaz para restablecer el orden público, entonces era constitucional.

En la actualidad las semejanzas entre el antiguo modelo de seguridad nacional que se ejerció en Colombia y Latinoamérica, y la política seguridad democrática propuesta por el presidente Álvaro Uribe, son innegables, desde que asumió el cargo, decretó el estado de conmoción interior, involucrando a la población civil en la confrontación, se crearon los soldados campesinos, redes de informantes, incremento de pie de fuerza, varios de estos artículos de esta reglamentación fueron declarados inexecutable por la corte constitucional colombiana.

Por supuesto no puedo dejar de mencionar el estatuto antiterrorista, recopilación del estatuto del presidente Tubay.

Hoy el enemigo en Colombia, nuevamente es determinado por una estrategia geopolítica, atravesada por una fase más, del ya viejo conflicto armado que se vive en el país. El enemigo de occidente, los terroristas, sirven de bandera para enfrentar con mayor ahínco a las guerrillas, sin embargo, el espectro del terrorismo presenta mayores amenazas que las representaciones de los enemigos del pasado.



El maestro Eugenio Zaffaroni establece que: “La única forma de admitir un derecho penal del enemigo, realmente limitado a los enemigos, sería como un extremo derecho penal del autor, o sea, limitado a un grupo de personas identificables incluso por sus características físicas, pues de lo contrario, lo que se discute no es si puede tratarse a algunos extraños de manera diferenciada, sino si el estado de derecho puede limitar las garantías y libertades de todos los ciudadanos.”⁴¹

El terrorismo por su amplio espectro, por la vaciedad del mismo concepto, se presenta como una real amenaza para la configuración de este extremo derecho penal de autor que manifiesta Zaffaroni. Llegar a generar luces en torno a que tanto riesgo corre la sociedad colombiana, bajo la política de seguridad democrática, es el motivo esencial que me lleva a realizar esta investigación. A continuación haré una breve referencia a lo que se entiende por seguridad conceptual y políticamente hablando.

Algunos estudios afirman que la política criminal que se ha aplicado históricamente en Colombia presenta algunas de las características propias del derecho penal del enemigo, sobre todo cuando la misma ha partido de la expansión del derecho penal basado en el recorte indiscriminado de los derechos y de las garantías de los ciudadanos. Sin embargo, las características descritas por la moderna teoría del derecho penal y de la política criminal del enemigo, al menos de la expuesta por Günther Jakobs, distan mucho de corresponder a esta descripción y a las

⁴¹. www.acadeum.org. **El derecho penal del enemigo y sus implicaciones a través de la seguridad democrática en Colombia.**



características propias de la política criminal de la excepcionalidad practicada en Colombia en las décadas pasadas.

El moderno derecho penal del enemigo busca adecuar la guerra, la represión, la reparación y la prevención de las conductas criminales con el modelo social del estado de derecho. La política criminal del enemigo plasmada en el sistema penal acusatorio responde más a este modelo de corte moderado y orientado por el derecho, formulado por Jakobs, que a la política criminal de enemigo basada en la guerra total, en la excepcionalidad, en el exterminio total del enemigo y en el recorte indiscriminado de derechos y garantías de los imputado y de los ciudadanos. ⁴²

En Colombia, la aplicación del derecho penal y de la política criminal del enemigo es una constante histórica que contiene la funcionalización del derecho penal para el desarrollo de la guerra, justifica la aplicación de los estados de excepción, y la doctrina del enemigo interior, la arbitrariedad, la ilegitimidad de la justicia penal y la crisis permanente de la justicia colombiana.

Estos análisis presentan el concepto de la política criminal del enemigo, al margen del derecho, como un conjunto de decisiones para la lucha contra organizaciones armadas, y para la prevención y persecución del delito, donde predominan las necesidades y las razones de conveniencia política, en la toma de decisiones en materia de criminal, lo

⁴² Parra, William. **La actual política criminal en Colombia, vista desde la perspectiva del derecho penal del enemigo de Günther Jakobs.** www.foros.uexternado.edu.co, consultada el 11 junio del 2011.



que repercute negativamente en los derechos y las garantías de los ciudadanos, como también la eficacia y eficiencia del sistema penal.

En Colombia existe la llamada Ley de Justicia y de Paz en la cual se implementa un tratamiento especial al enemigo, una vez este se somete al estado de derecho, se refleja un tratamiento especialmente benigno que se le ha dado a quienes pueden ser considerados, no como amigos de la sociedad sino como enemigos, dentro de un proceso de paz en sociedades con una baja pacificación social.

Sobre todo en lo que tiene que ver con la negociación política con organizaciones armadas que han infringido el derecho internacional humanitario y cuyos miembros han cometido actos atroces contra la dignidad humana.

La Ley de Justicia y Paz no contiene un tratamiento especialmente diferente al que se le ha dado en otros procesos de paz a este tipo de delitos, de hecho, el derecho internacional público y el estado de derecho constitucional colombiano permiten una flexibilización en la aplicación de la ley penal en este tipo de delitos.

La fórmula propuesta por Günther Jakobs contempla la limitación de una política criminal del enemigo en un doble sentido:

El estado no excluye al enemigo de todos sus derechos, como lo vimos en el proceso penal ordinario y tampoco debe cerrar la puerta a un posterior acuerdo de paz en el caso de sociedades con baja pacificación.



En el estado de derecho colombiano el desarrollo de la guerra, la negociación, la asignación de derechos y deberes de los ciudadanos y de los enemigos, está sujeta a reglas plasmadas en marcos normativos que impiden, al menos en la política oficial, se desborde en una represión o en una impunidad no refrenada.

En Colombia, a aquellos que por sus acciones criminales sistemáticas y despiadadas se podrían denominar como enemigos de la sociedad, se les ha dado un tratamiento como personas, y hasta como el que se depara a unas buenas personas, dentro de los términos del debido proceso.

Ahora bien, la política de la excepcionalidad, incluyendo sus efectos negativos, no hace parte de la materialización de una política criminal del enemigo en Colombia, sino de adecuadas prácticas legislativas que asignan poderes al margen del derecho a las instituciones represivas.

4.3. Argentina

En Argentina se cree en la necesidad de trabajar intensamente para elaboración de un discurso jurídico penal propio argentino, latinoamericano, acorde a las necesidades políticas, económicas, sociales y culturales que se viven en este momento.

En la violenta sociedad argentina de los años setenta, el enemigo lo conformaba el fenómeno terrorista – ejercido desde el aparato del estado y también desde sectores



que operaban fuera de él; actualmente las urgencias han cambiado, Argentina es hoy un país eminentemente de pobres.

Corresponde entonces reclamar, que la herramienta que tiene el estado en el derecho penal se ha orientado menos hacia los pequeños delitos contra la propiedad, hurtos y robos, al consumo y comercio de drogas a pequeña escala y más hacia la criminalidad económica que se realiza desde estructuras de empresa; este tipo de criminalidad a su vez contamina todo el sistema político, encontrándose enraizada dentro de el mismo, pervirtiéndolo e impidiendo una justa distribución de la riqueza.

En la Argentina contemporánea los debates público-mediáticos referidos al problema del delito, giran indefectiblemente en torno a la introducción de nuevos tipos penales, la agravación de las penas para los delitos existentes, la peligrosidad y no readaptación a la sociedad del delincuente, la necesidad de medidas de seguridad y en general a la flexibilización de las reglas de imputación y de los principios garantistas.

Es importante llamar la atención respecto al modo en que en Argentina se ha avanzado en el sentido de la configuración de una matriz caracterizada por el desprecio de las formas y los procedimientos jurídicos, ya que son considerados responsables de la ineficiencia de la justicia y obstáculos a la solución real de los problemas.

Uno de los puntos nodales de esta matriz cultural, es el encierro carcelario como castigo y como ámbito de segregación, neutralización e incapacitación. Por supuesto que un dato significativo en este sentido es el incremento de la población carcelaria



debido al aumento de las penas, del encierro preventivo y el endurecimiento de los criterios de excarcelación, pero sobre todo el hecho de que la prisión se constituya como un espacio en el cual la mayoría de los presos, entre otras cosas, ni siquiera tienen condena, es un ejemplo suficientemente indicativo de la situación actual de los modos de control social.

Se trata entonces de una expansión del derecho penal, de la constitución de un estado en el que es cada vez más difícil de distinguir entre las medidas de aplicación del derecho y las medidas extra-legales que suponen una suspensión del mismo.

Justamente el enfoque puesto en la peligrosidad del delincuente, y la percepción de que constituye un enemigo de la sociedad que debe ser neutralizado, conduce a una situación en la que la pena legalmente aplicada y la medida de seguridad, se confunden, y donde también es problemática la distinción entre derecho y anomia, paz y guerra, violencia legal y violencia ilegal, regla y excepción. En definitiva un contexto en el que las principales distinciones y censuras que mantenían a la maquinaria jurídico-política en funcionamiento, colapsaron.

4.4. Chile

En Chile, el derecho penal del enemigo, está relacionado con el caso Mapuche. Se aplica la ley antiterrorista a mapuches que amenazan los intereses de la empresa forestal más grande del país, se les trata como enemigos, por resistirse a dejar su



derecho y costumbres propias, para no enfrentar el sometimiento, la asimilación y la integración.

Lo contradictorio resulta cuando hechos de idéntica naturaleza, en que las víctimas no son personas de poder ni mapuches, sean considerados como delitos comunes, sin que ningún órgano del estado haya impulsado la aplicación leyes de excepción.

El grupo dominador ha pretendido, ya sea por ignorancia o interés, considerar a los mapuches como aspirantes a un estado de naturaleza carente de normas. Egocéntricos y racistas, han implementado el derecho penal del enemigo, no reconociéndoles los derechos propios de un estado de derecho.

Chile se presenta frente al mundo como un país en que su estado de derecho es respetuoso de los derechos humanos; sin embargo, a los mapuches se les ha acusado de cometer delitos de incendio y amenaza terrorista, incurriendo el poder en la falacia de considerar terroristas a los indígenas rebeldes.

El gobierno se esconde tras una máscara para asegurar internacionalmente que en su país se puede invertir con tranquilidad y que no existe terrorismo, pero por dentro, Chile muestra su verdadero rostro para encarcelar y juzgar como terroristas a los indígenas que reclaman, el respeto del orden social que poseen al interior de sus comunidades.

La aplicación de la ley antiterrorista de mil novecientos ochenta y cuatro, pone en duda la vigencia del estado democrático y de derecho, puesto que al no refrendarse por el



pueblo, sino impuesta por un dictador, no goza de legitimidad democrática, a pesar de haber sido modificada en mil novecientos noventa y uno, luego de negociaciones con los grupos políticos simpatizantes de la dictadura.

Las paradojas del gobierno chileno se ponen de manifiesto cuando a nivel internacional se presenta como un país respetuoso con los derechos humanos, entre los que se encuentran los postulados básicos de una sociedad como las reglas del debido proceso penal . Si el mismo gobierno se hace parte de las acusaciones invocando la aplicación de leyes de excepción, como la ley antiterrorista, encarcelando y juzgando como tales a quienes hacen demandas legítimas de respeto del orden social es evidente que la exigibilidad de los derechos fundamentales está en crisis.

4.5. Venezuela

En Venezuela, la perturbadora presencia de su sistema penal se actualiza constantemente cada vez que las políticas públicas contra la criminalidad anuncian más y más medidas: se trate de una ley penal, de un operativo policial masivo o de un nuevo estallido del drama carcelario; esto parece ser una constante de la región.

Específicamente en Venezuela, el aumento de la delincuencia y la violencia delictiva marcan una línea ascendente significativa a partir de mil novecientos ochenta y cinco, cuando por primera vez califica con indicadores suficientemente altos, para ser considerado dentro de los estudios internacionales sobre violencia como un país con deficiente e insuficiente sistema de justicia.



Este acontecimiento histórico supone que estos índices se vinculan a dificultades sociales, económicas y políticas que ambientaron la vida del venezolano durante esos años (carencias del estado de derecho, desconocimiento de derechos, empobrecimiento, injusticia y desigualdad social), aumentaron la violencia.

Esta dramática tendencia no ha cedido y por el contrario, ofrece datos alarmantes para la década de los noventa, entre ellos, la tasa de homicidios, por cien mil habitantes pasa de 10 a 40 por ciento y en la década actual, se mantiene.

En esta línea, la política legislativa venezolana pretende actualizar las incriminaciones penales mediante una reforma parcial del código penal, como preludeo de una reforma integral, una nueva legislación sobre delincuencia organizada y la reforma de la legislación antidrogas, para adaptarla al nuevo conjunto de leyes penales representativas del derecho penal del enemigo.

En el sistema penal venezolano un problema crucial que sirve de ejemplo, es cómo la inseguridad se asocia con la impunidad y violencia, las que despliegan el control penal y aún más, ciertos delitos.

Al igual que en otros países de la región, la impunidad es una constante histórica en los delitos de corrupción, pero también ha llegado a niveles insoportables en delitos como el robo de vehículos, que adicionalmente incorpora en su ejecución un componente violento que más allá del daño patrimonial, se arriesga gravemente la vida e integridad física de las víctimas.



En todo estado, la capacidad de intervención del sistema penal, puntual y eficaz, es limitada, por lo tanto debe reducirse la intervención penal, ocupándose prioritariamente de los ámbitos más críticos, desde la creación de la ley hasta su ejecución, a fin de propiciar la protección de los derechos humanos a riesgo constante, bajo la operatividad del poder punitivo

Deben imponerse al poder penal límites, pues la mera expansión de la ley penal, no sólo desarticula el sistema, generando impunidad, sino que paradójicamente facilita el abuso de poder. Impunidad y abuso del poder penal son dos componentes nefastos para la consolidación de todo estado. ⁴³

En Venezuela hay un serio problema de criminalidad y las autoridades han tratado de combatirlo endureciendo penas, sin embargo, la delincuencia no se ha reducido.

La pena generalmente es un proceso brutal pues implica la eliminación, aunque de manera parcial, de una serie de derechos y en ese sentido debe hacerse un uso moderado de ella.

Desde un punto de vista racional y criminológico está demostrado que el incremento de las penas no conduce a una menor criminalidad, sino hay que combatirla con otros procedimientos.

⁴³ Rosales, Elsie. **Sistema penal y estado constitucional en Venezuela.** www.2.scielo.org.ve consultada el 14 de junio del 2011.



En estados Unidos de, por ejemplo, se ve que los estados donde la pena de muerte está vigente no tienen menos delitos que en aquellos que ya la abolieron. ⁴⁴

4.6. España

La construcción de un derecho penal del enemigo ha suscitado la atención de la doctrina en ese país, la observación sobre los aspectos de la política criminal en las sociedades post-industriales ha llevado a considerar la existencia de un derecho penal de tres velocidades, tal y como lo manifiesta Marín Fraga. ⁴⁵

La de primera velocidad, caracterizada por aquel conjunto de normas que imponen sanciones privativas de la libertad; aquí corresponde mantener los principios, las garantías procesales y las reglas de imputación clásicas.

En segunda velocidad, se encuentran las regulaciones que imponen penas privativas de derechos o penas pecuniarias, y debido a la menor gravedad de la sanción, bien puede producirse una flexibilización proporcional de los principios y reglas de imputaciones tradicionales.

⁴⁴. Jakobs Günther. **Enemigos tienen menos derechos**, venezuelareal.zooblog.com, consultada el 14 de Junio del 2011.

⁴⁵. Marín Fraga, Facundo. **Derecho penal del enemigo**. Editorial Alfíl, Madrid, Pág. 8.



Y la tercera velocidad, es la que aglutina las normas que imponen penas privativas de la libertad, a la vez la flexibilización de los principios y reglas, produciéndose la unión de ambas velocidades ya mencionadas. Esta tercera velocidad coincide en lo básico con el derecho penal del enemigo.

Ahora bien, esta amalgama deberá ceñirse a lo estrictamente imprescindible para hacer frente a fenómenos de especial gravedad.

La aplicación de esta tercera velocidad, debe justificarse conforme al principio de proporcionalidad, evitando cualquier contaminación con el derecho penal de la normalidad.

En casos como los de criminalidad de estado, terrorismo, o delincuencia organizada, aunque el derecho penal del enemigo sea un mal, cabría admitir que éste constituye un mal menor, esta admisión con reserva y ceñida a lo estrictamente imprescindible, no es lo que sucede en la realidad actual del derecho penal.

Inversamente, los estados occidentales van incorporando, en forma aparentemente cómoda, una lógica de emergencia permanente o perpetua. Lo recién apuntado refuerza la idea de que esta tercera velocidad, o derecho penal del enemigo en la terminología de Jakobs, irá estabilizándose y ganará terreno.



El derecho penal del enemigo se ha puesto de manifiesto en España, sobre todo en lo que hace a la legislación antiterrorista consagrada en algunos tipos del código penal de 1995 y a raíz de la reforma introducida por la ley orgánica LO.7./2000.

Respecto a la crítica y deficiencia de las normas que conforman el derecho penal del enemigo, señala Marín Fraga, con relación a la identificación de quien infringe una norma, calificándolo como enemigo, corresponde advertir que lejos de señalarlo como fuente de peligros, como si fuera un fenómeno natural que se ha de neutralizar, se le está reconociendo por medio de dicho señalamiento una competencia normativa, es decir, que al señalarlo como enemigo, se le identifica, y es por esta operación que adquiere competencia normativa. ⁴⁶

En estas llamadas legislaciones de lucha, se advierten elementos que sirven para caracterizar al autor como perteneciente a la categoría de enemigo, dichas normas presentan elementos que identifican a un determinado grupo de sujetos, asimismo el mandato de determinación derivado del principio de legalidad ya no es esencial en la tipificación penal.

A la más que dudosa constitucionalidad que una legislación de estas características implica, debe sumarse la falta de efectividad, en tanto que, no contribuye a la prevención de delitos.

⁴⁶ Ibid.



Respecto de la cuestión sobre si el derecho penal del enemigo sigue siendo derecho, o por el contrario es un no derecho. El derecho penal del enemigo lejos de proteger bienes jurídicos, o estabilizar normas según la postura minoritaria, lo que hace es demonizar a determinados grupos de individuos, constituyendo como consecuencia un derecho penal de autor, por ello la respuesta a la criminalidad no convencional, tendría que ser justamente de normalidad, negando su excepción, conforme a criterios de proporcionalidad e imputación, que son la base del sistema jurídico penal que se conoce como tradicional.

La negación frontal por los enemigos, de los principios políticos o socio-económicos básicos del modelo de convivencia, no sería suficiente para poner en jaque los parámetros fundamentales de la sociedad.

La aplicación de un derecho penal de la normalidad, para los fenómenos de terrorismo de estado o delincuencia organizada, radica en la adopción de un concepto de persona como atribución que corresponde a todo individuo por su condición humana, sin embargo, puede decirse que ha sido infructuosa su aplicación.

En efecto, en un modelo de estado Democrático de derecho, que sea respetuoso con la dignidad humana, ni el enemigo ni nadie puede ser definido como no-persona.

Con la comparación que hemos realizado frente a los anteriores ámbitos internacionales, podemos decir que: la definición de la política criminal es de la configuración en el que se trasladan a la realidad, los métodos y las decisiones políticas



adoptadas de forma general por el estado, para dar respuesta al fenómeno criminal, es decir, las decisiones formuladas con carácter general a la aplicabilidad, que hacen del poder coercitivo del estado, los funcionarios delegados por éste para responder al fenómeno criminal de la delincuencia organizada.

En este sentido, puede observarse que el proceso penal es el vehículo por medio del cual, el estado averigua, determina la situación jurídica, decide la probable participación del sindicado, el pronunciamiento de la sentencia respectiva y la ejecución de la misma.





CONCLUSIONES

1. El derecho penal del enemigo, constituye solo una manifestación, del fenómeno más amplio de transformación que desde hace unos años viene sufriendo el derecho penal.
2. El surgimiento del derecho penal del enemigo como una postura teórica en la dogmática penal, mediante la cual, el Estado ya no dialoga con los ciudadanos para mantener la vigencia de la norma, sino que combate peligros. La pena se dirige al aseguramiento frente a hechos futuros, no a la sanción de hechos cometidos.
3. Los instrumentos jurídicos racionales establecidos en el ordenamiento interno, son amenazados por el derecho penal del enemigo, y se rige orientado a dominar castigando a las personas que estima potencialmente peligrosos.





RECOMENDACIONES

1. Corresponde al Organismo Ejecutivo de la República de Guatemala, presentar la iniciativa de ley al Organismo Legislativo, para proponer las reformas a las leyes penales especiales que contengan normas dirigidas a evitar riesgos mayores, ocasionados por sectores sociales potencialmente peligrosos.
2. Previo a presentar iniciativas de ley dirigidas al combate a organizaciones criminales, el Organismo Ejecutivo debe desarrollar tareas de prevención criminal, con absoluto respeto a los principios procesales y Convenios Internacionales ratificados por el Estado de Guatemala.
3. Por las insostenibles condiciones criminológicas en el Estado de Guatemala, es necesario diseñar una política criminal más coercitiva, como un instrumento de represión a la delincuencia organizada, basada en el combate al delito, que permitan atender las necesidades urgentes y encontrar nuevos espacios de cumplimiento a las demandas del pueblo.





BIBLIOGRAFÍA

- CANCIO MELIÁ, Manuel. **Derecho penal del enemigo**, 2ª. ed.; Madrid, España: Ed. Civitas, 2003.
- Comisión mexicana de derechos humanos. **Derecho penal del enemigo, ¿una solución viable contra la delincuencia organizada?** México: (s.e.), 2009.
- CONTENTA, Sandro. **¿Quién es el siguiente en la lista de EEUU de peligrosos terroristas?** www.noticias.lainformacion.com, Toronto, Canadá, 30/05/2011.
- DE LEÓN VELASCO, Héctor Anibal y José Francisco De Mata Vela. **Derecho penal guatemalteco**. 3ª. ed.; Guatemala: Ed. Crockmen, 2002.
- DELMAS MARTY, Marc Ancel y otros. **Política criminal de derecho procesal penal**. Guatemala: Tomo I, ICCPG, 2003.
- GRACIA MARTÍN, LUIS. **Elocución, Congreso latinoamericano VIII iberoamericano, I nacional de derecho penal y criminología**, Lima: UNMSM; septiembre, 2004.
- JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel. **Derecho penal del enemigo**. Madrid, España: Ed. Civitas, 2003.
- JAKOBS, Günther. **Enemigos, tienen menos derechos**. www.venezuelareal.zooblog.com (consultada el 14 de Junio del 2011.)
- LIMA, Grijley. **Derecho penal del enemigo, desmitificación de un concepto**. 3ª. ed.; Argentina: Ed. Oveja Negra, 2006.
- LÓPEZ REY Y ARROJO, Manuel. **Teoría y práctica de las disciplinas penales**, Instituto Latinoamericano para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente, México: (s.e), 2004.
- MARÍN FRAGA, Facundo. **Derecho penal del enemigo**, 4ª. ed.; Madrid, España: Ed. Alfil, 2009.
- OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales**, Buenos Aires, Argentina: Ed. Eliasta, 2007.
- PARRA, William. **La actual política criminal en Colombia, vista desde la perspectiva del derecho penal del enemigo de Günther Jakobs**, www.foros.uexternado.edu.co (consultada el 11 junio del 2011.)
- POLAINO, Miguel y otros. **Derecho penal del enemigo, desmitificación de un concepto**, 1ª. ed.; Madrid, España: Ed. Alfil, 2010.



PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. **El derecho penal y procesal penal del enemigo**, Salamanca, España: Ed. Universitaria, 2002.

PRADO, Gerardo. **Derecho constitucional guatemalteco**, 1ª. ed.; Guatemala: Ed. Praxis, 2001.

ROMÁN LÓPEZ, Marlene. **Gaceta Constitucional, aspectos conceptuales del término enemigo**, tomo 22; México: (s.e.), 2009.

ROSALES, Elsie. **Sistema penal y estado constitucional en Venezuela**, www.2.scielo.org.ve, (consultada el 14 de junio del 2011.)

ROUSSEAU, Juan Jacobo. **El Contrato Social o principios del derecho político**, 2ª.ed.; Londres, 1799; precedido de un estudio de Ricardo Levene; Buenos Aires: Ed. Perrot, 1958.

ROXIN, Claus. **Problemas actuales de la dogmática penal**. 4ª. ed.; Ed. Ara, 2004.

SANCHEZ, Silvia. **La expansión**, 2ª. ed. de su monografía; España: (s.e.), 2002.

Universidad de Medellín. **El derecho penal del enemigo y sus implicaciones a través de la seguridad democrática en Colombia**, www.acadeum.org, 2011.

Legislación:

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

Código Penal. Congreso de la República de Guatemala, Decreto 17-73, 1973.

Código Procesal Penal. Congreso de la República de Guatemala, Decreto 51-92, 1994.

Ley del Organismo Judicial. Congreso de la República de Guatemala, Decreto 2-89, 1990.

Ley Orgánica del Ministerio Público. Congreso de la República de Guatemala, Decreto 40-94, 1994.

Ley de la Policía Nacional Civil. Congreso de la República de Guatemala, Decreto 11-97, 1997.

Ley Contra la Delincuencia Organizada. Congreso de la República de Guatemala, Decreto 21-2006, 2006.