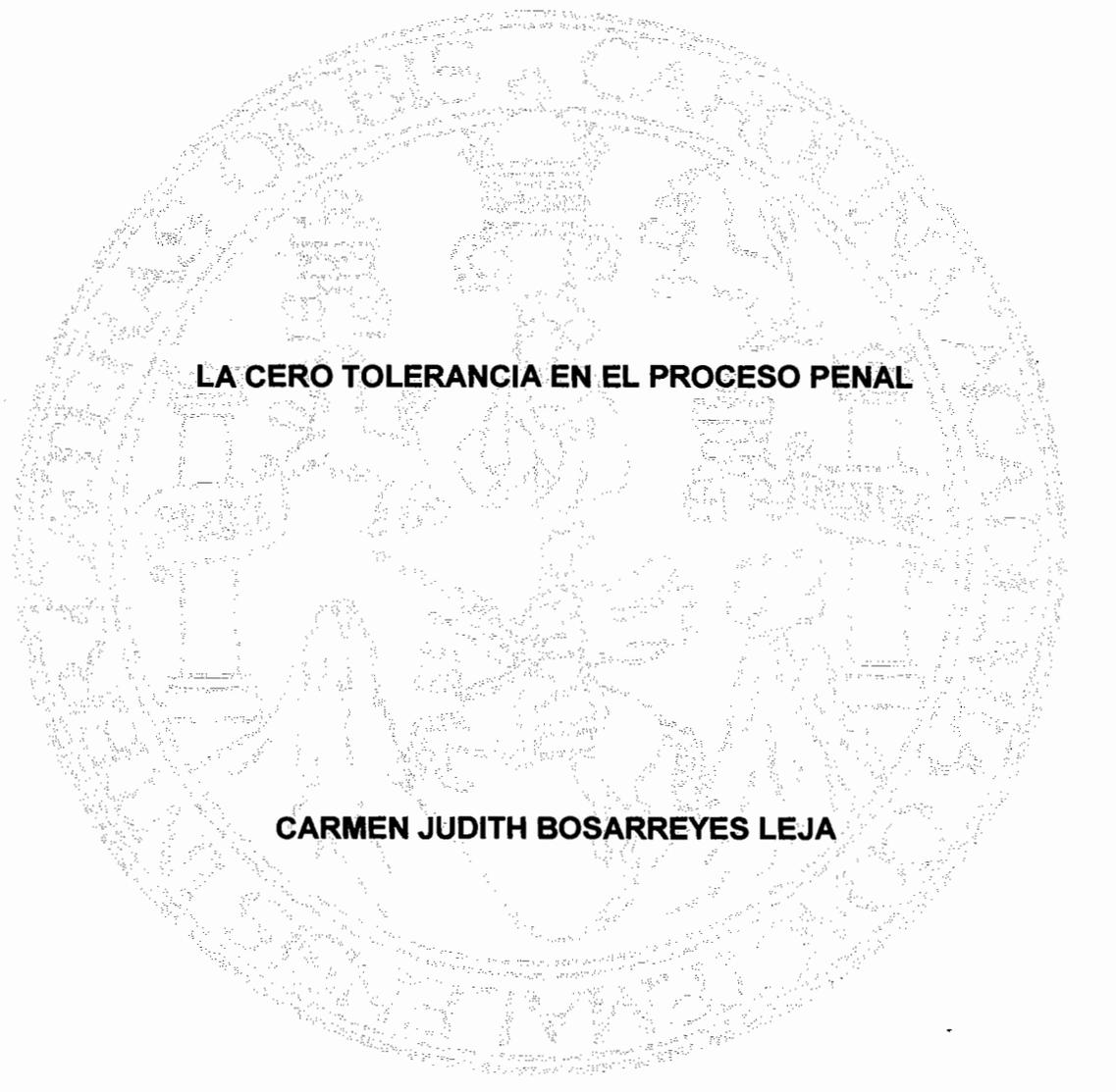


**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**



**LA CERO TOLERANCIA EN EL PROCESO PENAL**

**CARMEN JUDITH BOSARREYES LEJA**

**GUATEMALA, JUNIO DE 2014**

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

**LA CERO TOLERANCIA EN EL PROCESO PENAL**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

**CARMEN JUDITH BOSARREYES LEJA**

Previo a conferírsele el grado académico de

**LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

y los títulos profesionales de

**ABOGADA Y NOTARIA**

Guatemala, junio de 2014

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

DECANO: M.Sc. Avidán Ortiz Orellana  
VOCAL II: Licda. Rosario Gil Pérez  
VOCAL III: Lic. Luis Fernando López Díaz  
VOCAL IV: Br. Mario Roberto Méndez Álvarez  
VOCAL V: Br. Luis Rodolfo Aceituno Macario  
SECRETARIO: Lic. Luis Fernando López Díaz

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ  
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

**Primera Fase:**

Presidente: Lic. Ileana Noemí Villatoro Fernández  
Vocal: Lic. José Antonio Meléndez Sandoval  
Secretaria: Lic. María del Carmen Mansilla Girón

**Segunda Fase:**

Presidente: Lic. Aura Marina Chang Contreras  
Vocal: Lic. María del Carmen Mansilla Girón  
Secretario: Lic. Guillermo Rolando Díaz Rivera

**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).

*Licenciado*

*Romeo Monterrosa Orellana*

*6ª. Avenida 6-91, zona 9, nivel 4 oficina 4, Guatemala, Guatemala  
Abogado y Notario*



Guatemala, 25 de agosto del 2011

Licenciado

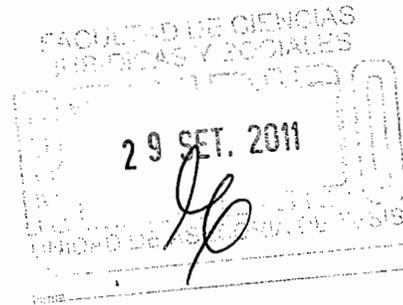
Carlos Manuel Castro Monroy

Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad de San Carlos de Guatemala

Presente,



Estimado Licenciado:

De manera atenta y respetuosa, me dirijo a usted, con el objeto de dar cumplimiento a la resolución de esa Unidad por lo que procedí a prestar asesoría de tesis a la bachiller CARMEN JUDITH BOSARREYES LEJA, en su trabajo intitulado "LA CERO TOLERANCIA EN EL PROCESO PENAL". En esa virtud a usted informo lo siguiente:

- a) La investigación en mención se realizó bajo mi inmediata dirección y se orientó a la estudiante sobre las fuentes bibliográficas modernas a utilizar, tanto en materia de Derecho Procesal Penal y Derecho Constitucional aplicables al tema objeto de estudio; habiendo analizado las teorías más contemporáneas sobre lo referente al Derecho Penal del Enemigo y su aplicación al Derecho Penal Moderno, habiendo emitido las conclusiones y recomendaciones correspondientes.
- b) La presente tesis fue elaborada de conformidad con los métodos analíticos, descriptivos y jurídicos, utilizados para estudiar y analizar la doctrina aplicable. Además las técnicas a las que recurrió fueron la bibliográfica y documental, manejadas al recopilar y seleccionar adecuadamente el material de referencia.
- c) El trabajo de investigación al ser debidamente asesorado cumple con todos los requisitos exigidos en cuestión de redacción y las reglas fundamentales de ortografía.
- d) Del análisis practicado, he dictaminado que el trabajo presentado por la bachiller Bosarreyes Leja, desarrolla una investigación que resalta el contenido científico, es de carácter jurídico, el cual es enmarcado desde la perspectiva doctrinaria y legal así como la explicativa desde el punto de vista del proceso penal.



e) Considero que las conclusiones y recomendaciones, estipuladas en el trabajo de investigación, son adecuadas, elaboradas de forma correspondiente, teniendo relación entre sí y con el tema propuesto.

f) Los libros, en los cuales esta fundamentada en gran parte la investigación, son de autores de nivel académico reconocido y de gran experiencia, minuciosamente escogidos con el objeto de enriquecer la investigación.

Por lo anterior, considero que el trabajo expuesto satisface los requisitos que establece el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura de Ciencias Jurídicas y Sociales y el Examen General Público por lo que emito **DICTAMEN FAVORABLE**, para que el mismo continúe el respectivo trámite.

De manera muy respetuosa me suscribo de usted,

Atentamente,

Romeo Monterrosa Orellana  
ABOGADO Y NOTARIO

Lic. Romeo Monterrosa Orellana  
**ASESOR**  
Col. 8166

Teléfono 45415936



FACULTAD DE CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES

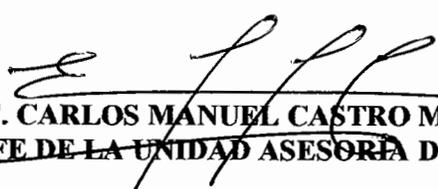
Edificio S-7, Ciudad Universitaria  
Guatemala, Guatemala



**UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES.** Guatemala, tres de octubre de dos mil once.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A): **ARSENIO LOCON RIVERA**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante: **CARMEN JUDITH BOSARREYES LEJA**, Intitulado: **"LA CERO TOLERANCIA EN EL PROCESO PENAL"**.

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

  
**LIC. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY**  
**JEFE DE LA UNIDAD ASESORIA DE TESIS**



cc.Unidad de Tesis  
CMCM/ jrvch.



Lic. ARSENIO LOCON RIVERA

Abogado y Notario

6ª. Av. 0-60 zona 4, Torre Profesional II

Oficina 401, Centro Comercial de la Zona Cuatro

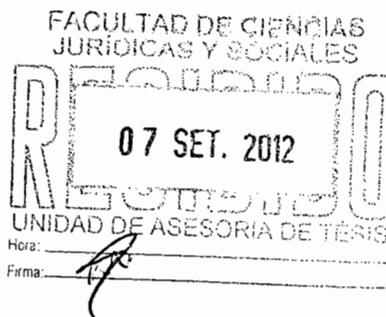
Ciudad de Guatemala, Guatemala

Tels. 23352121. Colegiado 3676



Guatemala, seis de Septiembre de 2012

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



Estimado Licenciado:

En cumplimiento de la designación que me fuera encomendada como revisor, me permito informar del trabajo de tesis elaborado por la bachiller: **CARMEN JUDITH BOSARREYES LEJA**, intitulado: **"LA CERO TOLERANCIA EN EL PROCESO PENAL"**. En tal sentido, fue revisado con la participación de la estudiante, respetando el criterio y aporte personal de la sustentante, en tal virtud hago constar lo siguiente:

Al proceder a revisar el trabajo de investigación presentado, pude observar que el mismo es un aporte fundamental en la aplicación al proceso penal dado que la doctrina de la tolerancia cero debe ser aplicada dentro del sistema de justicia.

Me permito manifestar que el trabajo revisado presenta un lenguaje técnico adecuado propio de los profesionales del derecho. Del análisis del trabajo en mención se desprende



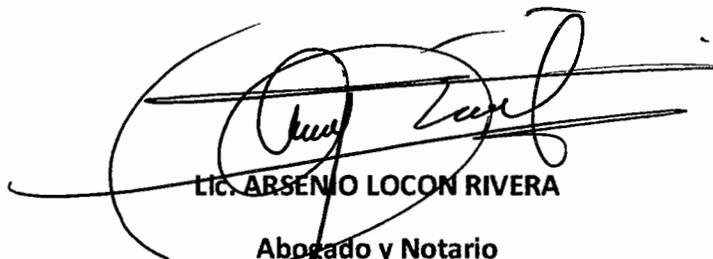
que la autora sigue una línea de pensamiento bien definida que se manifiesta mediante una construcción teórica y práctica coherente que le permite concluir atinadamente en relación al tema. Así, tal como oportunamente lo señaló su asesor, en dictamen de fecha veinticinco de agosto de dos mil once, el trabajo presenta un alto contenido científico, jurídico y doctrinario marcado por la idea de aplicar los instrumentos de contenido severo en las diferentes etapas del proceso penal.

En cuanto a las conclusiones, las mismas me parecen meritorias de discusión en el ámbito jurídico y en relación a las recomendaciones me permito indicar que éstas plantean posibles soluciones para el correcto encuadramiento de las sanciones que el Estado de Guatemala, a través del Organismo Judicial, debe aplicar de conformidad con el ilícito cometido.

Por último, en cuanto a la bibliografía consultada, puedo afirmar que la misma es suficiente y adecuada para la elaboración de la presente investigación ya que ésta incluye un listado de autores nacionales y extranjeros cada uno de los cuales se ha destacado dentro del área del derecho penal, procesal penal y constitucional, dando como resultado la concordada redacción del tema del presente trabajo de investigación.

Por estas razones, me permito emitir el presente **DICTAMEN FAVORABLE** ya que el trabajo revisado reúne todos los requisitos enumerados en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

Atentamente.

  
**LIC. ARSENIO LOCON RIVERA**  
Abogado y Notario  
Colegiado No. 3676

**LIC. ARSENIO LOCON RIVERA**  
ABOGADO Y NOTARIO



**USAC**  
**TRICENTENARIA**  
Universidad de San Carlos de Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 28 de abril de 2014.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante CARMEN JUDITH BOSARREYES LEJA, titulado LA CERO TOLERANCIA EN EL PROCESO PENAL. 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/srrs





## DEDICATORIA

**A DIOS:** Todo amoroso y misericordioso que me permitió llegar a este momento pues lo que hoy obtengo a él le pertenece.

**A LA VÍRGEN**

**MARÍA:** Por cobijarme con su manto de amor.

**A MIS PADRES:** Roberto Bosarreyes y Petronila Leja, quienes con su ejemplo, amor, apoyo y comprensión, formaron la persona que ahora soy. Que como mínima recompensa a su lucha, desvelos, consejos y esfuerzo dedico este logro.

**A MI ESPOSO:** Luis Alberto Fernández por su amor, apoyo incondicional y comprensión que me brindó en todo momento y las palabras de aliento que siempre tiene en mis momentos de quebranto.

**A MI HIJA:** A la pequeña razón de mi lucha constante, mi motivación diaria y la esperanza de un mundo ideal, gracias por existir.

**A MIS HERMANAS:** Belinda Lissette y Bianca Beatriz, como ejemplo de perseverancia y dedicación para alcanzar sus metas e ideales.

**A MI HERMANO:** Roberto (D.E.P.) que desde el cielo me manda cada día esa sonrisa que solía tener y que me hace recordar cuan orgulloso estaba de mí.



**A MIS SUEGROS:** Olga Marina y José Alfredo, por su cariño y confianza.

**A MIS TIAS Y PRIMOS:** Con mucho aprecio

**A MIS AMIGOS:** Gloria Monroy, Vinicio Garrido, Pablo Villatoro, Hercilia Funes, Glendy Salguero, Julia Cifuentes y Francisco Durán por compartir su amistad sincera durante tantos años.

**A LOS ABOGADOS:** Lea de León Marroquín y David Bolaños Martínez, quienes en vida me apoyaron, me enseñaron a cumplir mis objetivos y luchar por la justicia y ahora están al lado de nuestro padre celestial.

**A:** El Benemérito Cuerpo de Bomberos Voluntarios de Guatemala que con sus principios de disciplina, abnegación y sacrificio forman un pilar importante en mi vida.

**A:** La Tricentennial Universidad de San Carlos de Guatemala y en Especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por albergarme en sus aulas y formarme en un profesional universitario.



## ÍNDICE

	<b>Pág.</b>
Introducción.....	i

### CAPÍTULO I

1. Derechos fundamentales.....	1
1.1 Breve reseña de la historia constitucional .....	1
1.2 Historia de la Constitución Política de la República de Guatemala .....	2
1.3 Constitución Política de la República de Guatemala .....	4
1.4 Derechos fundamentales .....	5
1.5 Definición de los derechos fundamentales .....	17
1.6 Características esenciales de los derechos fundamentales.....	19

### CAPÍTULO II

2. La tolerancia cero.....	27
2.1 La tolerancia cero como concepto general.....	27
2.2 La tolerancia cero .....	27
2.3 Aspectos generales.....	34
2.4 Doctrina de la tolerancia cero.....	36
2.5 Definición de tolerancia cero.....	39
2.6 Principios de la tolerancia cero.....	39

### CAPÍTULO III

3. Derecho penal de enemigo.....	43
3.1 Antecedentes históricos.....	44
3.2 Definición.....	51



3.3 Características..... 52

3.4 El fin principal del derecho penal del enemigo..... 55

3.5 Derecho penal del ciudadano y sus diferencias con el derecho penal del enemigo..... 57

**CAPÍTULO IV**

4. El proceso penal ..... 59

    4.1 Derecho procesal penal..... 59

        4.1.1 Definición..... 59

        4.1.2 El proceso penal..... 60

            4.1.2.1 Jurisdicción..... 60

            4.1.2.2 Competencia..... 63

            4.1.2.3 Defensa del Imputado..... 63

        4.1.3 Formas de solución de conflictos..... 64

        4.1.4 Actos introductorios..... 66

        4.1.5 Jerarquía de las normas jurídicas..... 67

**CAPÍTULO V**

5. La cero tolerancia en el proceso penal ..... 69

    5.1 Discrepancia entre la tolerancia cero y el derecho penal moderno..... 70

        5.1.1 Derecho penal..... 70

        5.1.2 Discrepancias..... 84

    5.2 Consecuencias de la tolerancia cero en la aplicación de las leyes..... 84

    5.3 La cero tolerancia frente al derecho constitucional..... 85

    5.4 Posible aplicación de la doctrina de la tolerancia cero en el sistema legal guatemalteco..... 86

**CONCLUSIONES**..... 89

**RECOMENDACIONES**..... 91

**BIBLIOGRAFÍA**..... 93



## INTRODUCCIÓN

Desde los tiempos antiguos la aplicación de la ley fue muy severa especialmente en el período de la venganza divina, justificando la firmeza en la aplicación de la ley en el nombre de un ser supremo. Actualmente la teoría de la tolerancia cero se ha convertido en un proyecto de modelo judicial-policial-carcelario que se ha extendido por el mundo.

Ante tal situación la investigación que se presenta justifica la necesidad de la aplicación de la tolerancia cero en el proceso penal aún con la carencia de consenso social con que se cuenta y con ello espero aportar la doctrina acerca de la tolerancia cero como instrumento de estudio para una posible reforma a la ley dentro del sistema jurídico guatemalteco.

El objetivo de esta investigación es describir que la tolerancia cero consiste en una doctrina enfocada a castigar cualquier conducta antijurídica con la mayor severidad con la filosofía de que todo crimen que queda impune, alienta a cometer otros crímenes más graves porque en el delincuente subsiste la idea de que no recibirá castigo, lo cual llama a que cualquier infracción a la ley comienza con pequeños actos de vandalismo.

Tal teoría contrasta con la legislación vigente ya que en el Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala, Código Procesal Penal, se tienen varias alternativas a la prisión preventiva lo cual hace ver que el derecho penal moderno flaquea ante la severidad de la Teoría de la Tolerancia Cero.



La tesis se encuentra comprendida en cinco capítulos, en el capítulo primero, se describen los derechos fundamentales, antecedentes históricos, definición, así como una clasificación y características de los mismos; en el capítulo segundo, se trata la tolerancia cero, aspectos generales, doctrina de la tolerancia cero, definiciones; en el capítulo tercero, se estudia el derecho penal de enemigo, antecedentes históricos, definición y características, en el capítulo cuarto el proceso penal, derecho procesal penal, la jurisdicción y el defensor y en el último capítulo, se trata de forma especial la cero tolerancia en el proceso penal, discrepancia entre la tolerancia cero y el derecho penal moderno así como consecuencias de la falta de severidad en la aplicación de las leyes.

Durante la realización del presente estudio se utilizó el método analítico para estudiar y analizar la doctrina aplicable al caso así también el método descriptivo debido a que la investigación propuesta se basa en hechos actuales y directos, de la actual época, mismos que se describirán y se registrarán y el método jurídico el cual al ser utilizado en la interpretación de leyes que rigen un país determinado, en especial al tema propuesto. Y las técnicas a las que recurrimos fueron la bibliográfica y documental, que permitieron recopilar y seleccionar adecuadamente el material de referencia.



## CAPÍTULO I

### 1. Derechos fundamentales

Con el fin de comprender a cabalidad lo relacionado con los derechos fundamentales es necesario indicar aspectos relativos al tema de la Constitución Política de la República de Guatemala y los derechos humanos por lo cual se prosigue de la siguiente manera:

#### 1.1 Breve reseña de la historia constitucional

En la edad media se inician los antecedentes propiamente del desarrollo del constitucionalismo aunque puede darse la idea de ley fundamental y escrita con carácter de garantía específicamente en Inglaterra y España. España e Inglaterra tenían documentos calificables de constitucionales porque establecían algunas garantías individuales que impedían extralimitaciones del poder real.

Entre esos antecedentes medievales, de notoria importancia, tenemos las instituciones de Aragón y otras constituciones de tipo elemental, las cartas o estamentos que contenían reglamentos entre el príncipe y sus vasallos. La más conocida de estas cartas es la Carta Magna, obtenida del Rey Juan Sin Tierra de Inglaterra en 1215 por los barones, eclesiásticos y laicos, en la que establecían garantías relativas a la libertad de la iglesia y la determinación de que los impuestos no podían ser recaudados sin el consentimiento del Consejo Común del Reino. La Carta Magna es un instrumento jurídico-político, protector de las libertades públicas y civiles. La reacción



constitucionalista en España se produjo como consecuencia de las ideas de la Revolución Francesa.

## **1.2 Historia de la Constitución Política de la República de Guatemala**

Dentro del proceso constitucionalista de Guatemala se encuentran dos periodos bien diferenciados los cuales son:

- a) Preindependiente: Se cree que el antecedente más antiguo del constitucionalismo guatemalteco es la Constitución de Bayona promulgada el 6 de julio de 1808 producto de la invasión francesa a España, el segundo, el Proyecto de Constitución que constaba de 112 artículos elaborado por el diputado por el ayuntamiento de la capital Antonio Lazarrábal que más tarde llevó a las Cortes de Cádiz en 1810 pero como todo documento relacionado a tal tema no se concretó en el parlamento español, y el tercero, la Constitución Política de la Monarquía Española, promulgada en Cádiz el 19 de marzo de 1812 comointento tardío para controlar los movimientos independentistas de las colonias de América.
- b) Independiente: A pesar que el 15 de septiembre de 1821 se declaró la independencia entre Guatemala y España dentro del contenido del acta nunca aparece la palabra república ya que los conservadores controlaron todo el panorama de independencia con la esperanza que a corto plazo surgiera algún movimiento político que los devolviera a su estatus anterior ya que, según la redacción del acta, se ubicaron a dos corrientes que constituían a dos partidos políticos de siglo XIX, es decir a los liberales y a los conservadores.



El 27 de diciembre de 1823 se elaboró un proyecto constitucional y en diciembre de 1824 fue aprobado el texto definitivo el cual entre otras situaciones importantes establecía: a) adoptaba un sistema republicano, representativo y federal; b) proclamaba la soberanía nacional; c) reconocía una amplia lista de derechos; d) fijaba la religión católica como la oficial. Pero a pesar del establecimiento de la constitución los conservadores pretendían mantener su posición social y política a través de la búsqueda de la de un nuevo tipo de poder autoritario encuadrando la figura como "concepción republicana de la Monarquía". Esta constitución abolió la esclavitud y rigió hasta 1839, año en que desaparece la federación.

Luego de la separación del estado federal centroamericano Guatemala, como estado independiente, promulga las siguientes constituciones: en 1879 la cual contenía solamente 104 artículos, promulgada el 11 de diciembre de 1879 como resultado de la lucha entre liberales y conservadores habiendo triunfado los primeros, en 1921 se promulga la Constitución Política de la República de Centroamérica, en 1945 se emite la primera constitución de corte moderno en Guatemala como resultado de ser derogada por el Decreto 18 de la Junta Revolucionaria de Gobierno del 28 de noviembre de 1944, todo ello después de la caída del dictador General Jorge Ubico, la cual marca el inicio del proceso hacia una nueva organización constitucional, luego de esto se promulgan las leyes supremas de 1956 y 1965 y como última Constitución Política de la República de Guatemala fue promulgada por la Asamblea Nacional Constituyente en 1985 la cual entró en vigencia el 14 de enero de 1986 y fue reformada luego de un referéndum en 1993. De acuerdo con la misma Guatemala es un Estado de Derecho, se organiza para proteger a la persona y a la familia, su fin supremo es la



realización del bien común y su sistema de Gobierno es republicano, democrático y representativo. La soberanía reside en el pueblo y se encuentra conformado por diversos grupos étnicos entre los que figuran los grupos indígenas de ascendencia maya.

### **1.3 Constitución Política de la República de Guatemala**

Por ser la Constitución Política una norma suprema de cada Estado tiende a convertirse en un requisito sine qua non del régimen constitucional, solo cuando dicha Constitución es considerada como la expresión de los principios o postulados fundamentales que conforman el Constitucionalismo. El establecimiento de la ley suprema de cualquier Estado se manifiesta a través de la Soberanía como un atributo del mismo que tiene a imponer un ordenamiento jurídico dentro de su territorio para evitar que otros Estados intervengan en sus decisiones como un ejemplo inmerso dentro de la sociedad guatemalteca es el caso en que Guatemala se estructura en departamentos y se dividen a su vez en municipios, pero sólo estos últimos gozan de autonomía y un Gobierno interno.

La Constitución debe establecer pilares básicos del constitucionalismo que en esencia son: la división y limitación del poder ostentado por los gobernantes y el reconocimiento y afirmación de los derechos fundamentales del individuo, precisamente frente a ese poder.



Es importante que para que exista un orden constitucional que promulgue los postulados básicos del Constitucionalismo, es imperativo el respeto y subordinación de los gobernantes a la Constitución.

Al principio el Estado normaba únicamente los derechos individuales al ser una única herramienta para proteger a los débiles, luego de la crisis del liberalismo producida por la no intervención del Estado en las relaciones de tipo patrimonial y económico el Constitucionalismo adquiere un nuevo elemento, los derechos sociales, que vienen a limitar el poder del individuo, ya que se amplía la función del Estado y su poder. El individuo acostumbrado a gozar de un máximo de libertad individual, deberá conformarse con ver limitada su libertad individual en aras del bienestar social.

#### **1.4 Derechos fundamentales**

La Organización de las Naciones Unidas expresa que los derechos humanos son las condiciones de la existencia humana que permiten al ser humano desenvolverse y utilizar plenamente sus dotes de inteligencia y de conciencia en orden a la satisfacción de las exigencias que le imponen su vida espiritual y natural y los reconoce como el conjunto de condiciones materiales y espirituales inherentes al ser humano. Los derechos humanos serían aquellos principios y normas universalmente aceptados que tienden a regir los actos de las personas, las comunidades y las instituciones con el objeto de preservar la dignidad humana, fomentar la justicia, el progreso y la paz establecidos y reconocidos por el Estado para auto limitarse en su actuación.



“Antropológicamente, los derechos humanos responden a la idea de necesidades; necesidades que tienen los seres humanos para vivir dignamente: alimentación, vestido, vivienda, educación, trabajo, salud; y también a la libertad de expresión, de organización, de participación, de trascendencia, etc.”<sup>1</sup>

La función primordial de los derechos fundamentales del hombre no es solo afirmar su posición frente al Estado, sino lograr integrar al hombre con el Estado y con la sociedad como el fundamento de la unidad política.

Los derechos humanos no solo encierran facultades sino también deberes. Esto lleva a que el hombre decide su autorrealización sin ningún tipo de presión.

El término derechos humanos tiene varias acepciones las cuales se emplean dependiendo de las circunstancias que rodean a su entorno. Entre ellas están: derechos fundamentales o derechos constitucionales, derechos naturales y derechos públicos subjetivos.

Aunque se empleen diferentes términos se habla de las mismas facultades y deberes inherentes al ser humano. Al ser estos reconocidos por el Estado no pueden dejar de aplicarse derivado de un enfoque supranacional (declaraciones, pactos, convenios, tratados, protocolos y convenciones de derechos humanos) siendo una de las funciones del Presidente de la República la ratificación de los tratados y convenios que se refieran

---

<sup>1</sup> Mujica, Rosa María. **Educación en derechos humanos y la paz.** Pág. 22



a ello, según lo establecido en la literal k) del Artículo 183 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

A pesar que las acepciones antes referidas pueden tomarse como sinónimas, tienen marcadas diferencia en cuanto al contenido de cada una de ellas, por ejemplo, los derechos fundamentales o constitucionales son los contenidos en la Constitución Política de cada República. "Los derechos naturales son aquellos que posee el hombre por el sólo hecho de ser tal. No son una gracia del gobernante o legislador a diferencia del derecho positivo que pasa por la voluntad de éstos de alguna manera. Los derechos públicos subjetivos se refieren a aquellos que regulan las relaciones jurídicas entre el Estado, en cuanto persona jurídica y los particulares."<sup>2</sup>

Los derechos humanos son los atributos inherentes a la persona, desde que nace hasta que muere. Son los derechos fundamentales que el hombre posee por el hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad, los cuales le son inherentes, consagrados y garantizados y por eso se les denomina iusnaturalista racionalista, porque posee un vínculo con la naturaleza propia del ser humano.

Otra definición indica que los derechos humanos es la facultad que la norma atribuye de protección a la persona en lo referente a su vida, a su libertad, a la igualdad, a su participación política o social, o a cualquier otro aspecto que afecte a su desarrollo integral como persona, exigiendo el respeto de los demás hombres, de los grupos

---

<sup>2</sup> Donaires Sánchez. **Los Derechos Humanos.**Pág.33.



sociales y del estado y con la posibilidad de poner en marcha el aparato coactivo del Estado en caso de infracción.

Los derechos fundamentales son aquellos derechos que aseguran una esfera de actuación individual frente a posibles intromisiones del estado o de otras entidades.

Se afirma que estos derechos están destinados a garantizar la libertad frente al Estado y la protección contra el Estado.

Están constituidos por la serie de facultades reconocidas al individuo, que le permiten realizar con independencia y eficacia su destino personal, en el marco de una sociedad organizada. Derechos fundamentales del hombre: derecho a la vida, igualdad ante la ley, libertad de religión, de expresión, de asociación, de comercio e industria, de domicilio, a la propiedad privada, petición, a elegir y ser electo, etc.

Pueden ser divididos en dos áreas:

a) Derechos de libertad del individuo.

- Derecho a la vida y a la integridad física: la vida es el presunto de todos los demás derechos.
- Derecho a la libertad de conciencia: incluye el derecho expresar el pensamiento, adecuar el comportamiento individual a las propias creencias o pensamientos.
- Derecho a la libertad y seguridad personal.



- Derecho al honor y a la intimidad.
- La inviolabilidad del domicilio.
- La inviolabilidad de la correspondencia.
- La libertad de residencia y libre circulación.
- Derecho de igualdad ante la ley.
- Libertad de religión.
- Derecho a la propiedad privada.
- Derechos de libertad del individuo en relación con otros.

b) Derechos de la persona en relación con otros:

- Libertad de expresión
- Derechos de reunión: tanto privadas como públicas.
- Derecho de asociación
- Libertad de comercio e industria

La Constitución Política de la República de Guatemala reconoce tanto los derechos individuales como los derechos sociales y los derechos civiles y políticos. Entre los primeros se encuentran el derecho a la vida, la integridad física, la seguridad, la igualdad y la libertad. Asimismo consagra la libertad de pensamiento, de religión, de asociación y el libre desplazamiento.



### Características de los derechos individuales:

- Su reclamo corresponde al individuo mismo y no a la colectividad.
- Se les denomina derechos de primera generación por ser los primeros regulados en normas jurídicas.
- Su respeto y cumplimiento no dependen de las posibilidades o recursos económicos del Estado.

Los derechos económicos, sociales y culturales tienen por objeto actividades o prestaciones positivas por parte del Estado y de la sociedad para suministrar a la persona ciertos bienes y condiciones. Se pueden clasificar en:

- a. Derecho al trabajo.
- b. Derecho a una justa remuneración.
- c. Derecho a protecciones frente al desempleo.
- d. Libertad sindical.
- e. Derecho de huelga.
- f. Derecho al descanso y a la seguridad.
- g. Derecho a la seguridad social.
- h. Derecho a la vivienda.
- i. Derecho a la familia.
- j. Protección a la salud.
- k. Derecho a la educación.



### Características de los derechos económicos:

- Estos derechos nacieron con posterioridad a los derechos humanos individuales y políticos.

- Los derechos humanos económicos, sociales y culturales no son reclamables inmediatamente y directamente sino son condicionados a las posibilidades económicas reales de cada país.

Se reconoce que debe gobernar la mayoría (democracia) pero teniendo como límite el respeto absoluto de los derechos individuales.

Entre los derechos sociales reconoce el derecho a la educación, la cultura, la salud y el trabajo y entre los derechos civiles y políticos se encuentra consagrado el derecho de elegir y ser electo.

Los derechos políticos son aquellos que corresponde a los miembros de una determinada comunidad política en orden a participar en las decisiones y tareas del poder político.

Son la manifestación concreta de la libertad política que es la que permite a los ciudadanos participar en el gobierno del Estado e incluso a proporcionar a los gobernantes, la democracia estructurada sobre el principio de que la soberanía, el poder, reside en el pueblo, se manifiesta a través de la representación y que no es más



que el ejercicio del poder del pueblo a través de representantes dada la imposibilidad material de que todos y cada uno de los individuos puedan gobernar, constituyendo el sufragio el instrumento utilizado por el pueblo para designar a aquellos que ejercerán el poder en su nombre.

Aparecen entonces los partidos políticos como instituciones para que se manifiesten voluntades. La igualdad política busca un equilibrio entre la libertad individual y la libertad política, esta última debe tener como límite los derechos fundamentales del individuo, con lo que se asegura el respeto a los derechos de las minorías y se concibe a los derechos políticos como medios para la protección de los derechos individuales.

Los derechos políticos son los siguientes:

- a. Derecho al sufragio: derecho a votar y a ser elegido.
- b. Derecho de petición.
- c. Derecho a ejercer cargos públicos.

Características de los derechos políticos:

- Son más restringidos que los derechos individuales, le corresponden solo a los ciudadanos en ejercicio.
- De los derechos políticos también se pueden predicar las características de los derechos individuales.



Entre las garantías procesales establece el principio de legalidad, el principio de presunción de inocencia, el derecho a un proceso justo, el recurso de exhibición personal y la acción de amparo; también prevé el derecho de asilo, de petición, de reunión y manifestación y la inviolabilidad de correspondencia y de vivienda.

Ahora bien la clasificación de los derechos dentro de la Constitución Política de la República de Guatemala es:

Derechos individuales: Artículos del 3 al 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

Derechos sociales:

- Familia, Artículos del 47 al 56 de la Constitución Política de la República de Guatemala.
- Cultura, Artículos del 57 al 65 de la Constitución Política de la República de Guatemala.
- Comunidades Indígenas, Artículos del 66 al 70 de la Constitución Política de la República de Guatemala.
- Universidades, Artículos del 82 al 90 de la Constitución Política de la República de Guatemala.
- Deporte, Artículos del 91 al 92 de la Constitución Política de la República de Guatemala.



- Salud, seguridad y asistencia social, Artículos del 93 al 100 de la Constitución Política de la República de Guatemala.
- Trabajo, Artículos del 101 al 106 de la Constitución Política de la República de Guatemala.
- Trabajadores del Estado, Artículos del 107 al 117 de la Constitución Política de la República de Guatemala.
- Régimen económico y social, Artículos 118 al 134 de la Constitución Política de la República de Guatemala.
- Derechos Cívicos y Políticos Artículos 135 al 137 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

Las categorías denominadas como derechos fundamentales y 'libertades públicas' no son coincidentes; es por ello que en los últimos decenios tiendan a confundirse.

El concepto 'derechos fundamentales' apareció en Francia hacia 1770 dentro del movimiento político y cultural que condujo a la Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano de 1789, y más tarde alcanzó a países como Alemania donde se articuló el sistema de relaciones que median entre el individuo y el Estado.

El concepto 'libertad pública' aparece también en Francia siendo utilizado de forma expresa en las constituciones de 1793 y 1814. La primera vez que se utiliza en plural libertades públicas en un texto constitucional es en la Constitución del II Imperio Francés, de 1852, y alcanzó desde entonces carta de naturaleza en la tradición



científica y política de esa nación, donde incluso son objeto de enseñanza autónoma desde 1945.

Las libertades públicas, en su formulación clásica, son de ámbito más restringido que los derechos fundamentales, con los cuales estarían en una relación de género y especie, si quisiera hablarse como se ha hecho de derechos de libertad. Las libertades públicas presuponen que el Estado reconoce a los individuos el derecho de ejercer (al abrigo de toda presión exterior) cierto número de actividades determinadas.

Son libertades porque permiten actuar sin coacción; son libertades públicas porque corresponde a los órganos del Estado titular de la soberanía respetarlas y garantizarlas. Libertades que suponen una mayor autonomía para los ciudadanos, y al tiempo conllevan obligaciones del Estado; se definen las obligaciones negativas en cuanto que implican por lo común un cierto deber de abstención, si bien en algunas ocasiones comportan obligaciones secundarias positivas. Los derechos fundamentales son algo más.

Esta doctrina puede resumirse de este modo: por razón de su pertenencia al Estado el individuo se encuentra inmerso en una pluralidad de estados que pueden ser los siguientes: como consecuencia de su subordinación al Estado, el ciudadano se encuentra en el estado pasivo o status subiectionis, que conlleva para este último una serie de deberes. A todo miembro del Estado pertenece por otra parte un rango en el cual es señor absoluto, una esfera libre del Estado, una esfera que excluye el imperium: el estado negativo también llamado status libertatis.



A mayor abundamiento y en cuanto al Estado, en el cumplimiento de sus deberes, reconoce al ciudadano la posibilidad de aspirar a que el poder estatal sea ejercitado en su favor, en cuanto le concede la facultad de beneficiarse de las instituciones estatales, le está reconociendo el 'estado positivo' o status civitatis, que se presenta como el fundamento del conjunto de las prestaciones estatales hechas en interés del individuo. La actividad del Estado, por tanto, sólo es posible mediante la acción individual.

En cuanto reconoce al individuo la capacidad de obrar por cuenta del Estado, lo promueve a una condición más elevada y cualificada, a la ciudadanía activa. Esta se corresponde con el 'estado activo', el status activaecivitatis, por el que el individuo está autorizado para ejercer los llamados derechos políticos en su más estricto significado.

De todo ello se deriva que, de los derechos fundamentales surgen derechos subjetivos que, por corresponder al ciudadano respecto al Estado, se califican de públicos, de fundamentales y se dividen según la tradición del modo siguiente: derechos civiles de ámbito personal, de la esfera privada, derechos políticos y económicos, sociales y culturales.

Sabido lo anterior, decir que las libertades públicas (entendidas como libertades con autonomía) sólo tendrían acomodo dentro de la primera categoría citada ya de derechos fundamentales.



Lo que sucede es que, ampliando el contenido pretendido para las libertades, viene hablándose de libertades que implican participación, que podrían equipararse con los derechos políticos, e incluso llegan a utilizarse de forma indistinta las categorías antedichas, en contra de la tradición histórica ya citada y con la dificultad de encuadrar, dentro de las libertades, los derechos económicos, sociales y culturales.

### **1.5. Definición de los derechos fundamentales**

Se han calificado como derechos y libertades propiamente dichos los siguientes: vida, integridad física y moral; libertad ideológica, religiosa y de culto; libertad y seguridad; igualdad y no discriminación; honor, intimidad personal y familiar, propia imagen; inviolabilidad del domicilio y secreto de las comunicaciones; libertad de residencia y movimientos; libertad de expresión, libertad de producción y creación literaria, artística, científica y técnica, libertad de cátedra, libertad de información; derecho de reunión; derecho de asociación; derecho a participar en los asuntos públicos y a acceder, en condiciones de igualdad, a funciones y cargos públicos; derecho a la tutela efectiva de jueces y tribunales; derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, derecho del acusado a que se le informe de las imputaciones formuladas en su contra, derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas y realizado con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable y a la presunción de inocencia; derecho a la educación, libertad de enseñanza; libertad sindical, derecho de huelga; derecho de petición.



Dentro de los derechos de los ciudadanos consagrados en las constituciones cabe citar, asimismo, los siguientes: derecho a contraer matrimonio; derecho a la propiedad privada y a la herencia; derecho de fundación; derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios. Los textos constitucionales hacen referencia también, en ocasiones, a derechos económicos y sociales.

En este campo, cabe hablar de las siguientes cuestiones: protección de la familia, los hijos y las madres; distribución equitativa de la renta; régimen público de Seguridad Social; derecho a la protección de la salud; derecho a la cultura; derecho a un medio ambiente adecuado; derecho a disfrutar de una vivienda digna.

“Una definición escueta pero específica acerca de los derechos fundamentales es la que indica que son aquéllos derechos que están reconocidos en la Constitución Política de cada país.”<sup>3</sup>

“Se entienden por derechos fundamentales aquellos derechos de los cuales es titular el hombre por el mero hecho de ser hombre. Es decir, que son poseídos por todo hombre, cualquiera que sea su raza, condición, sexo o religión.

---

<sup>3</sup>Ibid. Pág 20.



Se designan con varios nombres: derechos humanos, derechos del hombre, derechos de la persona humana. Se emplea, en fin, el término derechos fundamentales.

Los derechos fundamentales constituyen para los ciudadanos la garantía de que todo el sistema jurídico y político se orientará hacia el respeto y la promoción de la persona humana.”<sup>4</sup>

### **1.6. Características esenciales de los derechos fundamentales**

Los derechos fundamentales se sustraen al libre control de la ley, siendo reconocidos en las constituciones, dotadas de mayor rango jurídico.

Es frecuente la implantación de procedimientos específicos y restrictivos para el desarrollo o la reforma legislativa en materia de derechos fundamentales o libertades públicas.

Las garantías de tales derechos y libertades se refuerzan, estableciéndose procedimientos preferentes y rápidos para su protección y la creación, en ocasiones, de un órgano supremo de jurisdicción constitucional al que se encomienda, en última instancia, la protección de los derechos referidos.

---

<sup>4</sup> Lozano, Concha. Los derechos fundamentales. [http://pdf.rincondelvago.com/derechos-fundamentales\\_1.html](http://pdf.rincondelvago.com/derechos-fundamentales_1.html) Concha Lozano. 29 de junio de 2011.



Cabe también (en lo concerniente a las garantías) la creación de un órgano unipersonal que, en calidad de comisionado de la soberanía popular, asuma la defensa de derechos y libertades frente a los ataques a unos y otras que pudieran provenir de la administración, ejerciendo a tales efectos una especie de control parajurisdiccional sobre la actividad de ésta.

Cabe asimismo arbitrar un sistema de inmediato amparo judicial de los derechos y libertades fundamentales hábeas corpus frente a su desconocimiento eventual por los agentes administrativos. Los derechos y libertades fundamentales sólo pueden suspenderse con carácter excepcional, en supuestos y circunstancias reglados en los propios textos constitucionales.

Los derechos fundamentales poseen las siguientes características:

Imprescriptibles: No les afecta la prescripción.

Inalienables: No son transferibles a otro titular.

Irrenunciables: De modo que el sujeto no puede renunciar a ellos.

Universales: En el sentido de que son poseídos por todos los hombres.

“Los derechos que hemos de examinar tienen todos al menos seis rasgos o características esenciales. En primer lugar son derechos jurídicos. Esto quiere decir que son derechos que tienen fuerza de ley. Este carácter legal de los derechos fundamentales significa que dichos derechos se pueden hacer valer en los tribunales. Si



a alguna persona le violan uno de estos derechos fundamentales, ésta persona puede presentar una acción judicial para asegurar que su derecho sea respetado.”<sup>5</sup>

Como segunda característica, consiste en que los derechos fundamentales son de carácter constitucional. Esto significa que dichos derechos están reconocidos en la propia Constitución de nuestro país.

“Los hombres y las mujeres disfrutan de muchos derechos que están establecidos en leyes, pero no todos de esos derechos son de naturaleza constitucional. Gran parte de ellos surgen solamente de estatutos, reglamentos u ordenanzas que se aplican no surgen directamente de la Constitución. Únicamente los derechos fundamentales tienen su raíz directa en la propia Constitución.”<sup>6</sup>

La tercera característica consiste en que los derechos fundamentales son derechos personales, esto quiere decir que son libertades, prerrogativas y condiciones de vida que tiene todo hombre y toda mujer precisamente por su carácter de persona. Dicho de otra manera, se trata de los derechos que toda persona tiene sólo por su condición humana. Por ello también se les conoce como derechos humanos.

“Otros surgen de contratos o de convenios privados que unas personas acuerdan con otras personas o entidades. Pues bien, los derechos fundamentales son libertades, prerrogativas y condiciones de vida que toda persona tiene precisamente frente al

---

<sup>5</sup> *Ibid.* Pág. 23.

<sup>6</sup> *Ibid.* Pág. 24.



bienestar general de la comunidad dado que el bien común prevalece sobre el bienestar individual. Como toda persona tiene los mismos derechos que cualquier otra, nadie puede ejercer los suyos a costa de los derechos del otro o de los derechos del resto de la gente.

Existe una clasificación de derechos fundamentales entre las cuales se pueden mencionar:

1. Derechos civiles: Son los que afectan de modo más directo a la persona. Se encuentran entre ellos como más importantes el derecho a la vida y a la integridad física, el derecho a la propiedad, a la libertad y a la seguridad, a la dignidad, a la libertad de pensamiento y conciencia, a la libre profesión de una religión y a la inviolabilidad del domicilio.

2. Derechos políticos: Son los que se refieren a la intervención del ciudadano en la vida pública. Por ejemplo: la libertad de expresión y de información, libertad de asociación y reunión, libre acceso a la justicia, derecho al sufragio, a participar en el gobierno, a exigir del poder que rinda cuentas de su actividad, etc.

Cabe mencionar también otros derechos, que se podrían definir como socio-culturales que englobarían.

Los derechos civiles y políticos son una clase de derechos que protegen las libertades individuales de la infracción injustificada de los gobiernos y organizaciones privadas, y



garantizar la capacidad para participar en la vida civil y política del Estado sin discriminación o represión.

Los derechos civiles incluyen la garantía de la integridad física de las personas y su seguridad, la protección contra la discriminación por motivos de discapacidad física o mental, género, religión, raza, origen nacional, edad u orientación sexual; y los derechos individuales como la libertad intelectual y conciencia, de expresión, de culto o religión, de prensa, y de circulación.

Los derechos políticos incluyen la justicia natural (la equidad procesal) en la ley, tales como los derechos de los acusados, incluido el derecho a un juicio justo, el debido proceso, el derecho a obtener una reparación o un recurso legal, y los derechos de participación de la sociedad civil y la política tales como la libertad de asociación, el derecho de reunión, el derecho de petición, y el sufragio.

Los derechos civiles y políticos constituyen la primera porción de la Declaración Universal de Derechos Humanos (así como los derechos económicos, sociales y culturales comprenden la segunda parte). La teoría de las tres generaciones de derechos humanos considera a este grupo de derechos como los derechos de primera generación, y la teoría de los derechos negativos y positivos considera, en general, como derechos negativos.

Los derechos civiles son las protecciones y privilegios de los poderes personales dados a todos los ciudadanos por la ley. Los derechos civiles se distinguen de los derechos



humanos o de los derechos naturales. Los derechos civiles son derechos que son concedidos por naciones dentro de sus límites territoriales, mientras que los derechos naturales o los derechos humanos son derechos que muchos expertos afirman que los individuos tienen simplemente por nacer. Por ejemplo, el filósofo John Locke (1632-1704) sostuvo que los derechos naturales de la vida, la libertad y la propiedad debían ser convertidos en derechos civiles y protegerse por el Estado soberano como aspecto del contrato social. Otros han expuesto que la gente adquiere los derechos como regalo inalienable de la deidad o a la vez de la naturaleza antes de que los gobiernos fueran formados.

Las leyes, garantizan los derechos patrióticos de las personas que se encaran en los derechos civiles pueden estar puestas por escrito, derivadas de costumbres o implícitas. En los Estados Unidos y la mayoría de países continentales europeos, las leyes de los derechos civiles están en su mayoría escritas.

Ejemplos de derechos civiles y libertades incluyen el derecho a una indemnización si uno es lesionado por otro, el derecho a la privacidad, el derecho a protestar pacíficamente, el derecho a una investigación y juicio justo si se es sospechoso de un crimen, y derechos constitucionales más generales como el derecho de voto, el derecho a la libertad personal, el derecho a la libertad de movimiento y el derecho de protección igualitaria. A medida que las civilizaciones surgieron y se formalizaron a través de constituciones escritas, algunos de los derechos civiles más importantes fueron otorgados a los ciudadanos. Cuando estos derechos se encontraron más tarde insuficientes, surgieron movimientos por los derechos civiles como el vehículo para



reivindicar más protección igualitaria para todos los ciudadanos y apoyar nuevas leyes para restringir el efecto de las discriminaciones actuales. El Derecho Civil es sinónimo de derecho privado.

El derecho civil constituye la parte fundamental del Derecho Privado que comprende las normas relativas al estado y capacidad de las personas, a la familia, al patrimonio, a las obligaciones y contratos y a la transmisión de los bienes, regulando las relaciones privadas de los individuos entre sí. De forma que el derecho civil forma parte del derecho objetivo, positivo y sustantivo. Los derechos civiles, se suponen que no sean violentados bajo ninguna circunstancia, ya que son tan importantes como los derechos humanos.



## CAPÍTULO II

### 2. La tolerancia

#### 2.1 La tolerancia como concepto general

El diccionario de la Real Academia Española define la tolerancia como el respeto por los pensamientos y las acciones de terceros cuando resultan opuestos o distintos a los propios. Se origina del latín *tolerare* que significa soportar.

La tolerancia no es sinónimo de indiferencia más bien es la actitud que se adopta frente a aquello que es contrario a la moral o lo que se conoce dentro de nuestra comunidad como normal. Dentro de la sociedad como en todos los aspectos de la vida siempre existe lo normal y lo anormal, estas dos posturas dentro del ámbito jurídico se encuadran en el derecho consuetudinario como un concepto contrario al derecho escrito, siendo éste un conjunto de normas jurídicas que no están establecidas en ninguna ley pero que se tienen como ciertas y de cumplimiento obligatorio porque se desprenden de comportamientos repetidos y generalizados dentro de un territorio.

#### 2.2 La tolerancia cero

En muchos países, principalmente, latinoamericanos, la doctrina de la tolerancia cero se implementó como consecuencia de la necesidad de castigar severa, pronta y eficazmente a los criminales, por lo cual es necesario indicar aspectos generales de lo



que es la criminalidad, el proceso y el rol del juez en el proceso a sancionar a un delincuente.

Tiempo atrás la criminalidad en Guatemala era simplemente urbana pero actualmente es además rural, dado que dentro de las comunidades los pobladores tienden a conocerse más hondamente, siendo uno de los grandes problemas actuales. Los factores que inciden en la criminalidad son diversos, y engloban lo social, institucional y el entorno físico.

La criminalidad ha aumentado a nivel mundial en los últimos 20 años, sobre todo en la franja de los jóvenes de 12-18 años, que a su vez, se ha vuelto más violenta y temprana. Por ejemplo, en Guatemala, actualmente se utilizan a los menores de edad para delinquir al ser vulnerables ante la pobreza y necesidad de atención.

A esto contribuyen el fenómeno de los niños en situación de calle, el analfabetismo, el abandono escolar, la exclusión social, el impacto de las guerras civiles, el comercio ilegal de armas, entre otros fenómenos.

El contexto en el cual se produce el aumento de la criminalidad está dominado por el aumento del abuso de drogas, la globalización de la criminalidad organizada, entre otras.

Hay múltiples causas para el aumento de la criminalidad, y se dividen en sociales, institucionales y el entorno físico.



La exclusión social, ocasionada por el desempleo o la marginalización prolongada, el abandono escolar y el analfabetismo, los cambios en la estructura familiar, son parte de los factores originarios de la delincuencia. Otro factor que ha influido es la ruptura del vínculo social en los barrios y un tanto la pobreza, no siendo ésta una causa directa de la criminalidad.

Como causas institucionales está el sistema judicial que no se ajusta a las necesidades con déficit en las áreas de policía, cárceles y justicia. A nivel mundial, la policía apunta sus objetivos al combate de la gran criminalidad, alejándose de los ciudadanos, lo cual ha llevado a la pérdida de confianza de la población.

La justicia resulta lenta e ineficaz frente a los conflictos urbanos, con sus procedimientos inaccesibles para la mayoría. Y la resolución de crímenes es muy baja, llegando al 10%. Y sus sanciones no tienen como meta la rehabilitación. Las cárceles constituyen en realidad, escuelas para la construcción de redes de delincuencia.

Como causas del entorno, tenemos el crecimiento incontrolado de las ciudades, la carencia de servicios, la ausencia del concepto de seguridad urbana, el bajo control de los barrios, el surgimiento masivo de espacios semi-públicos (malls, estaciones, etc.).

La consecuencia más importante del aumento de la criminalidad, es el sentimiento generalizado de inseguridad, que se suma a las otras inseguridades que la vida en ciudad fomenta, como el desempleo, la salud, el futuro, la violencia familiar, el empobrecimiento, etcétera.



Otra consecuencia es el impacto de la inseguridad en los sectores pobres, que no poseen medios suficientes para defenderse de la criminalidad.

El aumento en los costos de la seguridad, es una consecuencia muy negativa del aumento de la criminalidad.

Otra consecuencia de este fenómeno es la aparición de infinidad de empresas privadas de seguridad, superando en muchos países, el número de agentes de seguridad privada al número de policías nacional civil. Esto genera casos de abuso y corrupción, así como también, problemas de relacionamiento entre el sector privado y la policía.

En lo relativo a la sanción establecida para los criminales “en los principios de la humanidad privaba la ley del más fuerte, cuando se fueron integrando las hordas, los clanes y las tribus, se fue depositando en alguien la autoridad para gobernar.

Existía la venganza privada, conocida como la ley del talión ojo por ojo y diente por diente, la justicia en esos tiempos se hacía por propiamano de la víctima o de sus familiares según el caso.

Cuando se organizó el poder social, éste se encargaba de hacer justicia, ya fuera en nombre de Dios o del interés público para salvaguardar el orden y la tranquilidad social.

Se establecieron tribunales y leyes para identificar quiénes eran las víctimas de un delito, las cuales acusaban ante el tribunal, que era el que decidía e imponía las penas.



Pronto el poder social, ya organizado, imparte justicia, ya anombre de la divinidad (período de la venganza divina), ya anombre del interés público, salvaguardando el orden y latranquilidad social (período de la venganza pública), se establecentribunales y normas aplicables, que resultaban arbitrariasfrecuentemente ya que el propio ofendido o sus parientes acusabanante el tribunal, quien decidía e imponía las penas. Surge la acciónpopular (quivis de papulo), con pleno apogeo en el derechoromano, según la cual acusa de los delitos que tiene conocimiento,a los delictoprivata que correspondía un proceso penal privado enel que el juez tenia el carácter de mero árbitro.

Existían los delicta pública con un proceso penal público que comprendía la cognitio, la accusatio, así como un procedimiento extraordinario.”<sup>9</sup>

La administración de justicia es una parte fundamental del sistema jurídico. A través de ella se intenta dar solución a los conflictos de relevancia jurídica, mediante la interpretación y aplicación de los criterios y las pautas contenidas en las leyes y demás disposiciones generales. A fin de cuentas, lo que interesa a las partes en conflicto no es el significado más o menos abstracto de la ley, sino el sentido concreto de la sentencia; del acto específico por medio del cual la administración de justicia dispone la solución de un litigio.

---

<sup>9</sup> Colín Sánchez, Guillermo. **Derecho mexicano de procedimientos penales**. Pág. 95.



Es el juez quien dicta la sentencia en ejercicio de la función jurisdiccional. Su misión no puede ser ni más augusta ni más delicada: a él está confiada la protección del honor, la vida y los bienes de los ciudadanos. Es el depositario de la confianza del pueblo.

Para tal efecto, debe gozar de absoluta libertad para sentenciar en la forma que su criterio y su conciencia le dicten, porque los jueces no tienen más superior que la ley; no se les puede indicar que fallen en su sentido u otro.

La función del juez es la de aplicar el derecho, no crearlo, por no ser su tarea legislativa sino jurisdiccional, y sólo puede hacer lo que la ley le permite o concede.

La aplicación del derecho es un elevado encargo, de una gran majestad, de rango superior y de trascendental relevancia. Por tanto, a quienes se les honra con el privilegio de detentar en sus manos la vara de la justicia, se les exigen ciertas cualidades para que no haya ocupaciones que usurpen un reservado a los mejores elementos humanos.

El individuo que tenga el honor de administrar justicia, ha de esmerarse en superarse a sí mismo para estar a tono con la investidura que se le ha entregado; pues la judicatura no es un negocio, sino una forma de vida.

Es por ello que el Estado piensa que es esencial el problema de la selección de los jueces; porque sabe que les confía un poder mortífero que, mal empleado, puede convertir en justo lo injusto, obligar a la majestad de las leyes a hacerse paladín de la



sinrazón e imprimir indeleblemente sobre la cándida inocencia, el estigma sangriento que la confundirá para siempre con el delito.

El papel del juzgador es muy difícil, pues debe mantenerse al margen de la amistad, o de la influencia, y considerar hasta qué punto es posible aceptar un presente de poco valor, y cuándo debe entender que lo valioso del obsequio en el fondo significa un soborno.

Además de recto, el juez debe ser bondadoso y tener un profundo sentido de las relaciones humanas, para observar siempre una conducta cortés y no negarse a oír a las partes. La extrema rigidez puede provocar la sospecha de que se trata de un hombre venal.

El juez no sólo deber ser acucioso en el desempeño de sus funciones, sino que también debe abstenerse de las luchas políticas y económicas, a fin de que la justicia y la equidad sean la base de sus fallos. La única actividad política que se le permite es el ejercicio del sufragio.

El juez debe ser juez y solo juez; porque para eso se le rodea de una serie de garantías y se ponen en sus manos facultades que no tienen otros funcionarios. Esto exige, en cambio, que se asegure su independencia económica mediante una adecuada retribución, y cualquier sacrificio en ese sentido quedará ampliamente compensado por una mayor consagración a sus funciones. Es preciso reconocer que si algunos funcionarios judiciales impartimos cátedras o participamos en otras actividades



particulares ajenas a la judicatura, es porque el salario no basta para cubrir nuestros gastos. Independientemente es un gran honor dar clases en una escuela de derecho, en donde se enseñan las experiencias adquiridas en la vida profesional.

Por el bien público, es conveniente que el Estado remunere adecuadamente a sus jueces; el monto de la remuneración de fijarse en vista de la satisfacción de sus necesidades, que asegura en un nivel de vida decoroso, y no el apetito de riqueza que por lo general domina al funcionario aburguesado.

Solo puede ser juez, el que estima insuficiente el valor de cualquier dinero para comprarlo; dicho de otra manera, quien subordina el valor de los bienes materiales al de los morales.”<sup>10</sup>

### **2.3 Aspectos generales**

La aplicación de una tolerancia cero en determinadas zonas o ciudades, no hace bajar el número total de delitos cometidos, sino simplemente desplaza el lugar de comisión de los mismos.

Pero las principales objeciones contra la tolerancia cero provienen desde el punto de vista de su escasa eficacia en la prevención general de la delincuencia.

---

<sup>10</sup> Parra Ocampo, Leopoldo. El juez y el derecho. <http://www.unla.edu.mx/iusunla14/opinion/EL%20JUEZ%20Y%20EL%20DERECHO.htm>. (Guatemala, 05 de mayo 2011)



Efectivamente, se ha demostrado que las políticas de tolerancia cero, que se han implantado en muchas ciudades americanas, siguiendo el modelo de la de Nueva York a principios de los noventa, aunque momentáneamente parecían reducir algo las cifras de criminalidad generadora de inseguridad ciudadana (hurtos, robos, daños, etc.), analizadas a más largo plazo no han hecho bajar de forma relevante el número de delitos, ni siquiera el de los delitos menores, y sí, en cambio, han provocado un aumento impresionante del gasto policial, lo que, obviamente, conduce también a un aumento de la actividad judicial y del número de condenas, con el consiguiente aumento de la población penitenciaria, ya que la mayoría de estos delincuentes son condenados a penas de prisión.

“La idea de tolerancia cero no es más que la expresión de un pensamiento único sobre cómo proceder y prevenir la delincuencia, que se quiere extender como modelo a todo el mundo, independientemente de las diferencias económicas, culturales y sociales de cada país.

Pero ahora nos referiremos a otros en los que igualmente puede hablarse de tolerancia cero, pero de una tolerancia cero de mayor alcance y magnitud, porque se refiere a delitos más graves y a una forma también más dura de combatirlos, más allá de los parámetros de represión penal admisibles en el Estado de Derecho”.<sup>11</sup>(sic)

---

<sup>11</sup> Tolerancia cero. [http://www.inej.edu.ni/wp-content/uploads/2011/02/2\\_ToleranciaCero.pdf](http://www.inej.edu.ni/wp-content/uploads/2011/02/2_ToleranciaCero.pdf). (Guatemala, 17 de junio 2011).



## **2.4 La doctrina de la tolerancia cero**

“La doctrina de la tolerancia cero uno de los sistema de represión que podría decirse presenta rasgos del derecho penal del enemigo es lo que se denomina la doctrina tolerancia cero.

Fue en Nueva York, donde se aplicó la doctrina de la tolerancia cero que dieron a las fuerzas del orden carta blanca para perseguir agresivamente a la pequeña delincuencia y expulsar a los enemigos y a los sin techo a los barrios desheredados.

Se partió de la teoría de la ventana rota formulada en 1982 por James Q. Wilson y George Kelling. Esta presunta teoría sostiene que si se lucha paso a paso contra los pequeños desórdenes cotidianos se logra hacer retroceder las grandes patologías criminales. Esta teoría, nunca confirmada empíricamente, sirve de coartada criminológica para la reorganización de la actividad policial impulsada por William Bratton, responsable de la seguridad del subterráneo de Nueva York ascendido a jefe de la policía municipal.

El objetivo de ésta reorganización es calmar el temor de las clases medias y altas las que votan-mediante el hostigamiento permanente a los pobres en los espacios públicos (calles, plazas, estaciones, ómnibus y subterráneos, etcétera).

Para ello se emplean tres medios: la multiplicación de los efectivos y equipamientos de las brigadas, la reasignación de las responsabilidades operativas a los comisarios del



barrio con la obligación de obtener resultados en términos cuantitativos y un relevamiento informatizado ( con un archivo central señalético y cartográfico que puede consultarse en las microcomputadoras instaladas en los patrulleros) que permite el despliegue constante y la intervención casi instantánea de las fuerzas del orden y redonda en una aplicación inflexible de la ley contra infracciones menores como la ebriedad, la mendicidad, los atentados contra las costumbres, las meras amenazas y otros comportamientos antisociales vinculados a las personas sin techo.

La doctrina de la tolerancia cero apunta al subproletariado que representa una mancha y una amenaza, a los pequeños revendedores de drogas, a las prostitutas, los mendigos, los vagabundos, entre otros.

Pero la verdadera innovación de William Bratton no radica en la estrategia policial escogida, en este caso una variante de la policía intensiva que apunta a grupos más que a delincuentes aislados, multiplica las armas y los dispositivos especializados, y se apoya en el uso sistemático de la informática en tiempo real, en oposición a la policía comunitaria y la policía por resolución de problemas.

Consiste ante todo en agitar y trastornar a la burocracia esclerosada y cobarde que recibe en herencia, mediante la aplicación de las últimas teorías del management sobre el re-engineering de la empresa (asociadas a los nombres de Michael Hammer y James Champy). Bratton aplana el organigrama policial y despide en masa a sus oficiales de alto rango: que su edad promedio se reduce de algo más de sesenta años a unos cuarenta.



Transforma las comisarías en centros de ganancia; la ganancia en cuestión es la disminución estadística de los delitos registrados. La segunda carta de triunfo de Bratton, que también sería difícil de reproducir en el contexto europeo, es la extraordinaria expansión de los recursos dedicados por Nueva York al mantenimiento del orden, ya que en cinco años la ciudad aumentó su presupuesto policial en un cuarenta por ciento, hasta llegar a los dos mil seiscientos millones de dólares (o sea cuatro veces más que los créditos de los hospitales públicos, por ejemplo) y contrató un verdadero ejército de 12.000 policías para un total de más de 46.000 empleados en 1999, de los cuales 38.600 son agentes uniformados.

En comparación con el mismo período los servicios sociales sufrían una amputación de una tercera parte de sus créditos y perdían 8.000 puestos de trabajo, hasta llegar a contar con sólo 13.400 empleados. Con la doctrina de la tolerancia cero, Bratton da la espalda a la policía comunitaria (derivado norteamericano de la "policía de cercanías" a la que debía su éxito como jefe de la policía de Boston).

La técnica del stop and Frisk medida emblemática de la tolerancia cero consistente en controlar, detener y en caso de necesidad someter a un cacheo en la calle a cualquier persona que pueda ser razonablemente sospechosa de un crimen o delito, es quizás de mi punto de vista uno de las claras manifestaciones del Derecho penal del enemigo; no obstante considero que la doctrina de la tolerancia cero es una manifestación de un tipo de Derecho Penal del enemigo de criminalidad a baja escala o de peligrosidad



criminal ,mientras que el propio Derecho Penal del enemigo es propio de una criminalidad a gran escala o alta peligrosidad criminal.”<sup>12</sup>

## **2.5 Definición de la tolerancia cero**

La tolerancia cero es una doctrina encaminada a castigar severamente cualquier infracción legal, reduciendo al máximo el retardo entre la comisión del delito y la respuesta judicial. La tolerancia al delito es eliminada, por lo que no se tienen en cuenta circunstancias atenuantes a la hora de castigar delitos. Esta doctrina ha sido puesta en práctica de forma notable en la ciudad de Nueva York.

## **2.6 Principios de la tolerancia cero**

Los universitarios James Wilson y Georges Kelling, publicaron en 1982 en la revista TheAtlanticMonthly un artículo que define cuales son los principios de dicha teoría, utilizando el término tolerancia cero para definirla. El término fue reciclado de la Safe and CleanNeighborhoodsActde Nueva Jersey de 1973.

Esta teoría se basa en dos postulados:

- Si el responsable de una infracción no es condenado inmediatamente, se le incita a reincidir.

---

<sup>12</sup> Derecho penal del enemigo. <http://www.monografias.com/trabajos76/derecho-penal-enemigo /derecho-penal-enemigo2.shtml>. ( Guatemala, 14 de mayo 2011).



- Si los responsables de infracciones no son condenados cada vez con toda la severidad a la que nos autoriza la ley, de forma progresiva pasarán de los pequeños delitos al crimen.

Aceptando esto, la única forma de impedir la escalada de infracciones es actuar inmediatamente a cada una de las infracciones que se presentan. Condenando inmediatamente a los responsables, se les persuade de toda acción contra la sociedad, ya que esta, necesariamente implica una reacción inmediata, por lo que la sensación de impunidad desaparece.

Conviene recordar que TheAtlanticMonthlyno es una revista científica de criminología sometida a revisión por pares, se trata más bien de una publicación cultural de masas.

La política de tolerancia cero es objeto de encendidas críticas por algunos que consideran que no detiene en absoluto la violencia, que estaría mucho menos condicionada por la severidad de los castigos que por un contexto social, económico o incluso psicológico, el carácter únicamente represivo de la tolerancia cero es una de las críticas formuladas contra esta doctrina, según esto, la tolerancia cero no ataca más que las consecuencias (violencia, comportamientos ilícitos) y en ningún caso las causas de las infracciones. Es una política de securización que no tiene en cuenta el aspecto sociológico de la delincuencia y por lo tanto, es ineficaz a la hora de atajarla.

A todo esto, se suma que colectivos considerados por las autoridades como delinquentes se ven desplazados por motivo de la presión policial. Por ejemplo, las



personas sin domicilio fijo, los toxicómanos y las prostitutas se ven desplazados al los suburbios de la ciudad o a zonas periféricas para huir de la represión sistemática de la policía, la violencia y delincuencia que teóricamente acompaña a estos colectivos no desaparece, solo se ve desplazada, aunque una vez fuera del núcleo urbano dejen de tener reflejo estadístico.

Los delincuentes, al ser conscientes de que la condena es igual de severa para toda una categoría de delitos sea cual sea su intensidad o perniciosidad, podrían verse incentivados a "ir a por todas" a sabiendas de que el riesgo para ellos es el mismo, cometiendo delitos más perjudiciales.

El sistema penal no se encuentra en condiciones de graduar las condenas a cada intensidad de delito, por lo que no se cumple el principio de progresividad en los castigos. Además, se pierde capacidad de cara a rehabilitar a los internos, desde el momento que la política carcelaria aplica la tolerancia cero, ya que instrumentos como los permisos carcelarios se pierden.

Otros efectos negativos relacionados con la tolerancia cero:

Aumento de las quejas contra la policía, en el caso de Nueva York, las quejas aumentaron un 41 %, La causa fue la presión por parte de los mandos de cumplir con unas expectativas numéricas en términos de persecución del delito. Esta presión lleva a los policías a tener una actitud agresiva hacia aquellas personas que controlan. Esta actitud agresiva puede generar una reacción hostil de las personas controladas, que a



su vez tenga una réplica por parte de la policía. El caso inverso también es posible, la policía responde de forma desproporcionada a la mínima resistencia por parte de las personas controladas, cuando la mejor opción sería tratar de calmar al sujeto.

Los miembros de las minorías étnicas, perciben a la policía como provocadores de problemas y tienen miedo de las fuerzas que les controlan. De modo que un miembro de una minoría étnica va a tener de forma general recelo a la hora de ser abordado por un policía.

“En Guatemala, según la Procuraduría de los Derechos Humanos, del año 2008 a julio de 2010, existen 900 denuncias contra miembros de la Policía Nacional Civil, las denuncias van desde abuso de autoridad, acoso sexual y laboral o intimidación o amenazas, hasta participación en hechos delictivos y bandas delincuenciales. Las denuncias van en aumento, lo que se cree que puede ser, primero, porque las personas se atreven a denunciar y, segundo, que cada días más los agentes se involucran en la delincuencia”.<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup>[www.prensalibre.com/noticias/denuncias-policias](http://www.prensalibre.com/noticias/denuncias-policias). Ciudad de Guatemala (27-07-2010).



## CAPÍTULO III

### 3. Derecho penal de enemigo

Se puede afirmar que en los últimos años los ordenamientos penales del mundo occidental, han comenzado a experimentar una deriva que los conduce de una posición relativamente estática, dentro del núcleo duro del ordenamiento jurídico en términos de tipo ideal: un núcleo duro en el que iban haciéndose con todo cuidado adaptaciones sectoriales y en el que cualquier cambio de dirección era sometido a una intensa, discusión política y técnica previa hacia un expuesto lugar en la vanguardia del día a día jurídico-político, introduciéndose nuevos contenidos y reformándose sectores de regulación ya existentes con gran rapidez, de modo que los asuntos de la confrontación política cotidiana llegan en plazos cada vez más breves también al Código penal.

Los cambios frente a la praxis político-criminal que ha sido la habitual hasta el momento no sólo se refieren a los tiempos y las formas, sino que también en los contenidos van alcanzando paulatinamente tal grado de intensidad que se impone formular la sospecha con permiso de Hegel y del búho de Atenea- de que asistimos a un cambio estructural de orientación.

En el presente texto se pretende examinar este concepto de derecho penal del enemigo para averiguar su significado para la teoría del derecho penal y evaluar sus posibles aplicaciones político-criminales.



### 3.1 Antecedentes históricos

Esta consideración de delincuente como un enemigo tiene consideraciones y un fundado sustento histórico. A manera de resumen, “ya en la teoría del pacto social de la sofística griega en el mito de Prometeo, Zeus sostenía que al incapaz de participar del honor y la justicia se le puede eliminar como se mata a un miembro enfermo del Estado. Locke, por su lado, era aún más radical, manifestando que al hombre que declara la guerra, se le debe matar como un animal carnívoro como cualquier otra criatura peligrosa que aniquila al ser humano en cuanto cae en su poder en tanto no se encuentra vinculado a la razón y a la ley común.

De un tiempo a hoy resulta ciertamente inverosímil que frente a un Estado constitucional y democrático de derecho, como el nuestro, en tanto depositario de garantías y libertades atribuibles a sus ciudadanos, persistan de manera diaria, enfrentamientos y desviaciones conductuales frente a la vigencia de la norma. Vemos por ejemplo que algunas personas, mayormente de cierto poder económico y con capacidad de decisión política o social, no acostumbran salir solas entendiéndose, sin resguardo personal, a realizar sus innumerables actividades, ante lo cual, cabría preguntarnos: ¿Por qué tiene que aportar el ciudadano sus propios mecanismos de protección normativa? ¿Acaso la norma no matar, no secuestrar, no brindan la seguridad completa? Tal es el caso de lo normado en la Ley Reguladora de Empresas de Seguridad Privada con la cual se establecen los servicios prestados por personas particulares para entes jurídicos e individuales para suplir la carencia de seguridad que el Estado tiene hacia cada ciudadano.



“Indudablemente, esta interrogante dilucidaría múltiples respuestas, no obstante, se evidencia una, cuál es, el déficit de protección normativa, respuesta que el profesor Günther Jakobs instituyó allá por el año 1985 donde entonces, aún utilizaba el concepto de derecho penal del enemigo para el análisis crítico-descriptivo del derecho penal alemán vigente, en cuyo contenido comprendía disposiciones que transformaban al autor penal en una mera fuente de peligro, en un enemigo del bien jurídico, privándolo así de su esfera privada y de su status como ciudadano”.<sup>14</sup>

En efecto, sostenido lo anterior puedo advertir que este ejemplo evidencia una clara desconfianza en la vigencia de la norma para obtener un máximo de seguridad que posibilite al ciudadano su libertad real de convivir y desarrollarse en sociedad, de modo contrafáctico, garantizando las expectativas de la persona, de salir a la calle sin ningún tipo de cuidado, y de otra, mediante un aseguramiento cognitivo que cimienta su función de orientación y confiabilidad normativa en los ciudadanos de manera que solo de este modo el estado de derecho y su pretendida protección de la libertad del ciudadano alcanza una vigencia real y no meramente ideal.

Innegablemente, prima facie, con el propósito de desarrollar un fenómeno jurídico, se requiere ante todo, desdeñar y conocer cuál es su objeto de estudio. Así y para los efectos pertinentes, cabe analizar que trata el derecho penal del enemigo y consecuentemente, si este es compatible con un Estado constitucional de derecho,

---

<sup>14</sup> Jakobs Günther y Cancio Melia, Manuel. **Derecho penal del enemigo**, pág. 50.



garante ante todo, del irrestricto respeto a la persona humana. Dicho esto y a modo de un exordio histórico-descriptivo, desarrollaré brevemente la entendible preocupación conceptual del derecho penal del enemigo, como concepto en sí mismo.

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 el bienestar de los demás, muriendo por tanto, más por enemigo que por ciudadano”.<sup>15</sup>

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.

En efecto, esta experiencia demuestra como los regímenes políticos autoritarios, por ejemplo, en la España de Franco a quien se le denominaba enemigo a quien permitía 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

---

<sup>15</sup>Portugal Sánchez, Juan Carlos, “Derecho penal del enemigo”, <http://www.derechoycambiosocial.com/revista019/derecho%20penal%20del%20enemigo.htm>, (01 de junio de 2011).



aseguramiento cognitivo no consistían en medidas de excepción, sino en la regla. Ayer como hoy, todas estas normas son absolutamente ilegítimas.

Dicho ello, podemos precisar que este modelo de derecho fue introducido por GuntherJakobs en Frankfurt 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 a sujetos peligrosamente criminales en una etapa precedente del acto delictivo como expectativa a su consecución.

Para entender la aplicación de este modelo, el profesor Jakobs establece dos perspectivas, a saber, una vertiente ius-filosófica y una vertiente jurídico-penal las cuales desarrollo a continuación:

a) Perspectiva ius-filosófica del derecho penal del enemigo:

Esta vertiente normativa, denomina derecho al vínculo intersubjetivo de personas como titulares de derechos y deberes. De esta manera, sé es persona en sentido



sinalagmático frente al todo social; mientras que la relación con un enemigo no se determina por el derecho, sino por la coacción”.<sup>16</sup>

Podemos afirmar que el profesor Jakobs, reformula el concepto de persona, apartándose notoriamente del contenido clásico de la doctrina, y considera que el ser humano en sí mismo no es más que naturaleza, por lo tanto, no todo ser humano es persona en la esfera del derecho penal; tanto los niños y los enfermos mentales son considerados por el derecho penal como focos de peligro que hay que neutralizar.

“La persona en derecho es alguien que en principio, actúa motivada por la norma y es fiel al derecho, en términos del insigne filósofo y pensador Georg Friedrich Hegel, cuando un sujeto comete un delito, esto es, cuando realiza una negación del Derecho, surgen la necesidad de negar la negación del derecho en que el delito consiste que sigue existiendo en el delincuente”.<sup>17</sup>

#### b) Perspectiva jurídico-penal del derecho penal.

En consecuencia con esta vertiente, a un amigo se le educa, a un ciudadano se le instruye, contrariu sensu, a un enemigo se le combate, a un enemigo se le lucha

---

<sup>16</sup>Jakobs, Günther. **El derecho penal ante las sociedades modernas**. Pág. 25.

<sup>17</sup>**Ibid**, pág. 54.



enfrenta y no con guerras ni armas reales sino, por el contrario, con instrumentos normativos al alcance de una sociedad civilizada, teoricismos puros que encuentran respuesta en el diseño creado por el Derecho penal del enemigo. Una vigencia real normativa, excluye la pretensión de lo imposible, del querer, por ejemplo, combatir exitosamente al terrorismo o al tráfico ilícito de drogas ó TID, con instrumentos ideales o políticamente correctos, inconsistentes e insuficientes en la práctica.

Como ocurre en nuestro orden jurídico-penal, en delitos de tráfico ilícito de drogas, por ser pues en sí mismos, alteradores del orden democrático y económico de nuestra sociedad. En este entendido, la ratio escendi del derecho penal del enemigo tiene por propósito obstaculizar e impedir que estas actividades prosperen en el mundo real, sino por el contrario, asegurarlas y protegerla de modo efectivo y real, todo esto, esencialmente, porque el terrorismo, la trata de personas, el tráfico de armas, son ilícitos penales que accionan atacando las bases y estructura del sistema, sin reconocerse como parte de él.

En este contexto, el Estado, adelanta sus barreras de punición con el exclusivo propósito de neutralizar o inocular el peligro demostrando jurídica y tácticamente por tanto, cómo el Estado procura un aseguramiento cognitivo de cara a viabilizar y posibilitar al ciudadano fiel el derecho de una libertad y garantía real siendo el derecho penal del enemigo un pasaporte que habilita mecanismos efectivos de prevención y represión.



b.1) A quién se le considera enemigo:

Dilucidada la aproximación y el contenido jurídico-normativo al derecho penal del enemigo, me remitiré, en lo que sigue a desatranchar e identificar al enemigo. “Este derecho penal del enemigo tendencioso y distorsionado por algunos está hecho para ciudadanos enemigos que no ofrecen las garantías mínimas de comportarse como persona en sociedad, creando como lo sostuve en líneas antedichas su propia autoexclusión frustrando la expectativa que la norma ha confiado y por ello, desviando los efectos comunicativos de la norma. Son, por lo tanto enemigos, aquellos que protagonizan delitos sexuales a menores, terroristas, narcotráficos o aquellos que forman parte de la criminalidad organizada”.<sup>18</sup>

Así, en esta situación jurídica, se establece sanciones de conductas a sujetos peligrosos en una etapa precedente a la realización del acto delictivo como expectativa a su consecución, sin antes bien, esperar la materialización de dicha lesión, reprimiendo de este modo aquellos actos preparatorios previos a su ejecución.

No obstante a ello, algunos críticos emocionales de este derecho penal del enemigo, “han sostenido que en tanto no existe un hecho propiamente exteriorizado desencadenado en una conducta, este obedecería propiamente a un derecho penal de autor y no de acto”.<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup>Jakobs, **Ob.Cit. El Derecho penal ante las sociedades modernas**. Pág. 27.

<sup>19</sup>Zaffaroni, Raúl E. **El enemigo en el derecho penal**. Pág. 212.



Esto, a mi juicio, resulta carente de sustento y precisión en la medida que para reprimir los actos preparatorios, debe haber existido, cuando menos, una identificación real de futuricidad delictual sustentando, en efecto, no en la peligrosidad del autor desde un ámbito subjetivo como motivo interior de la conducta sin ser exteriorizado, sino por el contrario, objetivo, como significado de perturbación social que la conducta adquiere al exteriorizarse.

En el caso de grupos organizados, por ejemplo, haber identificado el planeamiento operativo de ejecución de envío de miles cantidades de droga a otro país, las reuniones preparatorias de conspiración de un grupo subversivo mediante la instalación de cámaras ocultas, micrófonos ocultos y/o agentes encubiertos, todo esto, a fin de impedir el derrumbamiento de grandes lotes de electricidad, entre otros.

### **3.2 Definición**

El derecho penal del enemigo es un postulado de GüntherJakobs, en la cual él define como sancionar la conducta de un sujeto peligroso en una etapa muy anterior a un acto delictivo, sin esperar a una lesión posterior tardía. Se sancionan la conducta y la peligrosidad del sujeto, y no sus actos.

Por ejemplo, en Guatemala existen programas sociales enfocados a fomentar los valores cívicos, morales y culturales que promueven el respeto a la legalidad y la predisposición a la convivencia social y en Holanda existe una modalidad de sanción a los delincuentes juveniles, obligándoles a asistir a sesiones en donde les explican los



daños que ellos han causado a sus víctimas. Cuando estos últimos programas sean enfocados para mermar los posibles actos delictivos que una persona pueda llegar a causar es bien visto por la sociedad.

### 3.3 Características

El derecho penal del enemigo presenta las siguientes características:

1. "En su estructura presenta tipos penales que anticipan la punibilidad a actos que sólo tienen el carácter de preparatorios de hechos futuros: Por medio de éstos tipos penales se criminalizan conductas que tienen lugar en un ámbito previo a la comisión de cualquier hecho delictivo en razón de la falta de seguridad cognitiva que se supone en quienes actúan de cualquier modo en dicho ámbito previo, de conductas que simplemente favorecen la existencia de una organización criminal y alimentan su subsistencia y permanencia.

2. Presenta una desproporcionalidad de las penas: ésta tiene una doble manifestación: Por un lado la punibilidad de actos preparatorios no iría acompañada de ninguna reducción de la pena con respecto a la fijada para los hechos consumados o intentados en relación con los cuales se valora como peligroso del hecho preparatorio realizado en el ámbito previo".<sup>20</sup>

---

<sup>20</sup>Gracia, L, "Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado derecho penal del enemigo", Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2005. <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf>. pág. 10. (01 de junio de 2011).



Por otro lado, la circunstancia específica de pertenencia 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.

3. Se basa numerosas leyes denominadas leyes de lucha o combate: representa el paso de una legislación penal a una legislación de combate.

4. "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, se amplían los plazos de detención policial para el cumplimiento de los fines investigadores, así como la prisión preventiva y en ámbito teórico se reivindica incluso la licitud de la tortura".<sup>21</sup>

5. "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".<sup>22</sup>

---

<sup>21</sup> **ibid**, pág. 11.

<sup>22</sup> **ibid**.



6. Es un derecho penal de autor: el derecho penal del enemigo es incompatible con el principio del hecho.

El principio del 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 en la actitud interna del autor dado que ésta constituye solamente una de las fases de la intercriminas.

Precisamente el derecho penal del enemigo es un derecho penal de autor, porque se dirige en forma directa y específica a los enemigos (no personas) eliminándolos porque representa un peligro muy grave y serio para la sociedad.

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.

### **3.4 El fin principal del derecho penal del enemigo**

“El fin principal del derecho penal del enemigo es la seguridad cognitiva. En él 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”.<sup>23</sup>

El derecho penal del enemigo es la regulación de la exclusión de los enemigos.

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.

En el derecho penal del enemigo se renuncia a las garantías procesales y materiales del derecho penal de la normalidad. Estos principios o reglas propios del derecho penal del enemigo vendrían impuestos por el significado de las circunstancias fácticas que caracterizan la actividad y 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 y mediante su inocuización.

Nos encontramos con un derecho penal incluso de la anticipación a los hechos criminales, como una propuesta de protección penal, que va a conllevar 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,

---

<sup>23</sup>Jakobs, Günther, **Derecho penal del enemigo**. Pág. 33.



desconociéndole hasta el derecho al reclamo mediante instituciones 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 como los de criminalidad organizada, terrorismo, delincuencia macroeconómica, tráfico de drogas ilegales, pornografía infantil, etc., 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 raíz de sucesos que conmovieron a la comunidad internacional como el atentado a la torres gemelas del 11 de septiembre del 2001.

Actualmente en Nueva York existe la técnica del *stop and frisk* medida emblemática de la tolerancia cero consistente en controlar, detener y en caso de necesidad someter a una revisión física a cualquier persona que pueda ser razonablemente sospechosa de un crimen o delito, siendo ésta una clara manifestación del derecho penal del enemigo; no obstante considero que la doctrina de la tolerancia cero es una manifestación de un tipo de derecho penal del enemigo de criminalidad a baja escala o de peligrosidad



criminal, mientras que el propio derecho penal del enemigo es propio de una criminalidad a gran escala o alta peligrosidad criminal.

### **3.5 Derecho penal del ciudadano y sus diferencias con el derecho penal del enemigo**

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.

En éste tipo de derecho, no opera el derecho penal de autor, ya que el ciudadano o persona no es juzgado, por lo que es, sino por sus actos constitutivos de infracción al ordenamiento jurídico penal.

Para efectos de tener un panorama más claro de los alcances del derecho penal del ciudadano, veamos algunas diferencias con el derecho penal del enemigo.

La distinción entre un derecho penal del ciudadano y un derecho penal del enemigo 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 peligros.



Unido a lo anterior realiza Jakobs 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 simple fuente de peligro contra la cual hay que defenderse.



## CAPÍTULO IV

### 4. El proceso penal

#### 4.1 Derecho procesal penal

##### 4.1.1 Definición

La tesis que aquí se sustenta relaciona el derecho procesal es por ello que desarrollo dentro del capítulo IV El tema del proceso penal la cual inicio definiéndolo como un conjunto de normas jurídicas, teorías, doctrinas, instituciones y principios jurídicos que regulan la función jurisdiccional, la competencia de los jueces y la actuación de las partes dentro de las distintas fases procedimentales y que tiene como fin establecer La verdad del hecho y la participación del imputado durante la substanciación del proceso penal para luego obtener una sentencia basada en la justicia.

Dentro del concepto de derecho procesal penal se encuentran inmersas una serie de caracteres como lo son: a) conjunto de normas jurídicas: que se compone de la legislación procesal penal regulada en el Decreto 51-92 del Congreso de la República y otras leyes que tienden a regular un procedimiento procesal como por ejemplo la Ley de Extinción de Dominio Decreto 55-2010 del Congreso de la República; b) Al hablar de teoría puedo tomar como ejemplo la teoría de los frutos del árbol envenenado en la cual se emplea una metáfora en la que se hace referencia a las pruebas obtenidas de manera ilícita es decir que si la fuente (árbol está contaminado las pruebas obtenidas (frutos) son ilícitas; c) principios jurídicos; la oralidad, publicidad, la inmediación, la concentración entre otras que determinan y orientan a las partes y al juez en el



desarrollo del proceso penal; y, d) instituciones: son todos aquellos medios que desarrollan el proceso y la función jurisdiccional, por ejemplo, el criterio de oportunidad, el procedimiento abreviado y el juicio por delitos de acción privada, entre otros.

#### **4.1.2 Proceso penal**

La intervención del órgano jurisdiccional se desarrolla mediante un proceso, establecido por un orden constitucional. Este lo determina como medio para lograr la sanción penal como facultad que tiene el Estado (*Ius Puniendi*). Dentro de ello se conjugan cuatro elementos básicos para lograr la realización del valor justicia: la jurisdicción, la competencia, la acción penal y la defensa del imputado, temas que desarrollaré dentro de este capítulo.

Es importante determinar que el proceso penal es el conjunto de actos realizados por determinados sujetos (jueces, defensores, imputados, etcétera) con el fin de comprobar la existencia de los presupuestos que habilitan la imposición de una pena, siendo uno de los fines según lo establecido en el Artículo 5 del Código Procesal Penal Decreto 51-92 del Congreso de la República.

##### **4.1.2.1 Jurisdicción**

De conformidad con la legislación guatemalteca la función jurisdiccional la ejerce el Estado a través del Poder judicial cuya facultad de impartir justicia está inmersa a través



de los órganos jurisdiccionales fundamentado en el Artículo 203 de la Constitución Política de la República de Guatemala. La función jurisdiccional es única y para su ejercicio la ley la distribuye en diferentes órganos jurisdiccionales que al administrar justicia dan certeza jurídica a los derechos subjetivos mediante la aplicación de la ley a los casos concretos.

Existen diferentes clases de jurisdicción entre las cuales están:

- Jurisdicción ordinaria: se le llama así porque conoce de diversidad de asuntos.
- Jurisdicción extraordinaria: es una de las clases de jurisdicción por medio de la cual los jueces van a conocer asuntos en segunda instancia por ser asuntos que trascienden las fronteras después de agotado el derecho interno. Por ejemplo están: la segunda instancia, la casación, la Corte de Constitucionalidad y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Jurisdicción Privativa: conoce de una clase de juicio específicamente, por ejemplo: los jueces de familia, los jueces de trabajo y la Corte de Constitucionalidad.
- Jurisdicción especial: conoce de asuntos que surgen con ocasión a un proceso especial, por ejemplo: lo regulado en el Artículo 249 de la Ley Electoral y de Partidos Políticos *“De la competencia. El Tribunal Supremo Electoral es el órgano competente para conocer y resolver los recursos de nulidad y de revisión. La Corte suprema de Justicia es el órgano competente para conocer y resolver el amparo.”*
- Jurisdicción contenciosa: es la jurisdicción que prevalece cuando existe litis.



- Jurisdicción voluntaria: se caracteriza por no tener vínculo litigioso cuando las partes comparecen en forma voluntaria ante el juez a dirimir sus controversias.
- Jurisdicción delegada: aplicada por solicitud de juez o tribunal mediante un exhorto, despacho o suplicatoria para efectuar diligencias relacionadas con el proceso que se está conociendo, todo ello con fundamento en el Artículo 114 de la Ley del Organismo Judicial.

### **Elementos de la jurisdicción**

El juez en el ejercicio de la función jurisdiccional tiene las siguientes facultades:

- a) Iudicium: significa la capacidad de declarar el derecho y esta determinación del juzgador una vez queda firme produce el efecto de cosa juzgada.
- b) Notio: es la facultad que tiene el juzgador de que se le ponga en conocimiento cualquier asunto sometido a su jurisdicción.
- c) Vocatio: consiste en la convocatoria que se hace a la partes para que se presenten al tribunal o juzgado a realizar las actuaciones procesales.
- d) Coertio: el juez puede hacer uso de la coerción para compeler a las partes a comparecer a los tribunales, en caso de desacato a las decisiones judiciales. En la Ley del Organismo Judicial establece en el Artículo 178 los apremios como medios que usan los órganos jurisdiccionales para hacer cumplir las resoluciones de tales entes.
- e) Ejecutio: es la potestad de hacer que se cumplan o ejecuten en forma efectiva las resoluciones judiciales.



#### **4.1.2.2 Competencia**

La doctrina regula diversas clases de competencia para delimitar el ámbito dentro del cual el juez puede ejercer sus facultades jurisdiccionales y si existiese duda sobre la misma se remitirá a la Corte Suprema de Justicia para que ésta resuelva al respecto.

La Ley del Organismo Judicial en su Artículo 62 establece que la competencia de los jueces y tribunales corresponde solo a la materia y negocios que le hubiesen sido asignados pero es factible que en situaciones emergentes se dicten providencias. Por ejemplo en el ámbito penal, el Código Procesal Penal en su Artículo 43 establece: *“Competencia. Tienen competencia en materia penal: 1) Los jueces de paz; 2) Los jueces de primera instancia; 3) Los jueces unipersonales de sentencia; 4) Los tribunales de sentencia; 5) Los jueces de primera instancia por procesos de mayor riesgo; 6) Tribunales de sentencia por procesos de mayor riesgo; 7) Las salas de la corte de apelaciones; 8) La Corte Suprema de Justicia; y, 9) Los Jueces de ejecución”*.

#### **4.1.2.3 Defensa del imputado**

Como siguiente elemento de la realización de la justicia está la figura del defensor quien como profesional del derecho interviene y asiste al sindicado desde el momento de la imputación hasta la ejecución de la sentencia, en virtud del derecho de defensa que le asiste a todo imputado.



## **Clases de defensa**

Existen dos formas de aplicar la defensa las cuales son:

\* La defensa por sí mismo: la cual consiste en que el imputado puede optar por defenderse a sí mismo cuando así lo desee y no perjudique con ello los resultados que pueda conseguir una defensa técnica.

\* Defensa técnica: atribuida al jurista, ejercida por abogado legal y habilitado para el ejercicio profesional. El imputado puede elegir al defensor de su confianza o bien debe nombrársele uno de oficio con el objeto de garantizarle el derecho de defensa.

El objeto principal de la defensa es proveer de un profesional del derecho para lograr una recta administración de justicia no sólo porque en la mayoría de casos los interesados son incapaces de efectuar en orden, en forma clara, sistemática y conveniente la narración de los hechos.

### **4.1.3 Formas de solución de conflictos**

A través de la historia se han manifestado diferentes maneras de solucionar los conflictos surgidos dentro de la sociedad cuyas formas se expresan de la siguiente manera:

- a) La posibilidad de defenderse por propia mano en aquellos casos en que el Estado incumple con su función protectora y garantista de los derechos individuales aunque hay casos excepcionales en que persiste esta clase por ejemplo en el caso de la



legítima defensa y en el Derecho Internacional está el caso de la guerra como última ratio.

- b) La autocomposición: Con este sistema las propias partes son las que solucionan el conflicto, por ejemplo en materia civil, la renuncia, el desistimiento, el allanamiento, la transacción.
- c) Heterocomposición: Esta forma de solucionar los conflictos es un antecedente del arbitraje en virtud que el que provoca un arreglo o interviene para acercar o excepcionalmente suplir la voluntad de las partes es un tercero.

Clases de heterocomposición:

- Nuncio o mensajero: Es la persona a quien se le encarga la transmisión de la voluntad de una parte a la otra es caracterizado por ser el mediador quien busca la solución de los conflictos.
- Mandatario: es la persona quien actúa representando válidamente la voluntad de la parte que lo designa representando a una de las partes excepto en aquellos casos de carácter personalísimo.
- Gestor de negocios: ésta persona no tiene representación directa sino más bien actúa conforme a su propia voluntad en beneficio de otra pero puede contratar en nombre ajeno sujeto a la ratificación de ésta última. Esta figura se encuentra regulada en el Código Civil del Artículo 1605 al 1615 que en su parte conducente regula: *“Artículo 1605. El que sin convenio se encarga voluntariamente de los negocios de otro, está obligado a dirigirlos o manejarlos útilmente y en provecho del dueño. Cesará la gestión desde el momento en que el interesado o quien lo represente, se apersona en el negocio.”* “Artículo 166. La ratificación de la



*gestión por parte del dueño, produce los efectos del mandato expreso y opera retroactivamente”.*

- El mediador: esta figura existe como un medio particular e imparcial para buscar medios conciliatorios entre las partes previo o para evitar ir a juicio y su eficacia radica en obtener un acuerdo a manera de contrato o transacción. Aunque la figura de un tercero decisor se le asemeja en nuestra legislación no existe ésta última clase de heterocomposición.
- Conciliador: Es una figura variante del mediador cuya diferencia radica en que busca un acercamiento de las partes procurando el acuerdo basado en la voluntad de éstas.
- Árbitro: Es un tercero imparcial investido por las partes mediante contrato o por la ley, no posee poder coactivo, sin embargo, actúa conforme a un procedimiento predeterminado que implica la sumisión voluntaria de las partes.
- El juez dentro del proceso: el juez dentro del proceso es una variante de la heterocomposición la cual está regulada en nuestra legislación dependiendo el área a legislar por medio del cual el Estado proporciona la solución de conflictos a través de su actividad jurisdiccional.

#### **4.1.4 Actos introductorios**

Para iniciar un proceso penal debe llegar el conocimiento de la llamada “noticia criminis” al órgano encargado de la persecución penal, esto motiva que inmediatamente se inicie



el proceso penal ya sea a través de una denuncia, querrela, conocimiento de oficio, o bien, una prevención policial.

#### **4.1.5 Jerarquía de las normas jurídicas**

Dentro del capítulo I he desarrollado las garantías individuales y sociales sin embargo es de hacer mención que el Estado busca la preservación del Estado de Derecho a través de la Supremacía constitucional y la jerarquía normativa tomando la prioridad de aplicación de la leyes a través de la pirámide que el Jurista, Filósofo y Político Hans Kelsen creó para clasificarlas de la siguiente manera:

- a) **Leyes constitucionales:** Las leyes constitucionales son emitidas por el órgano extraordinario y temporal de legislación llamado Asamblea Nacional Constituyente y son preceptos jurídicos de carácter general que contienen principios, garantías y normas que organizan jurídica y políticamente al Estado. Dentro de esta clasificación está la Constitución Política de la República de Guatemala, la Ley de Amparo Exhibición Personal y de Constitucionalidad, Ley Electoral y de Partidos Políticos, La Ley de Emisión del Pensamiento y la Ley de Orden Público, sin embargo, la misma Constitución Política de la República de Guatemala establece en su Artículo 46 que los tratados convenciones aceptados y ratificados por Guatemala tienen preeminencia sobre el derecho interno, disposición que también es regulada en el Artículo 9 y 10 de la Ley de Organismo Judicial y 16 del Código Procesal Penal.



- b) **Leyes ordinarias:** estas normas jurídicas son creadas por el órgano permanente y ordinario de legislación denominado Congreso de la República de Guatemala.
- c) **Leyes reglamentarias:** estos preceptos son llamados “reglamentos” ya que regulan el sistema de funcionamientos de algunas instituciones o en otras ocasiones desarrollan la ley en sí.
- d) **Leyes individualizadas:** dentro de la pirámide ya indicada, ésta leyes ocupan el último lugar de la presente clasificación y está comprendida por resoluciones judiciales, resoluciones administrativas o contratos mercantiles, entre otros.



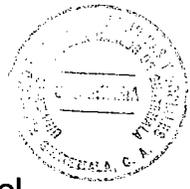
## CAPÍTULO V

### 5. La cero tolerancia en el proceso penal

Uno de los sistemas de represión que podría decirse presenta rasgos del derecho penal del enemigo es lo que se denomina la doctrina tolerancia cero. Como antes indiqué fue en Nueva York donde inicialmente se aplicó la doctrina de la tolerancia cero lo que dio a los sistemas de seguridad el empuje jurídico para perseguir agresivamente a la pequeña delincuencia y expulsar a los enemigos.

La tolerancia cero que se plantea no es precisamente castigar por la comisión de grandes delitos sino condenar a todos, es decir, iniciando por los ilícitos penales calificados como “menos graves” el sistema judicial evitará a mayor plazo conocer de los más graves, esto se deriva de la teoría conocida como la de “la ventana rota” formulada en 1982 por James Q. Wilson y George Kelling, esta teoría sostiene que si se lucha paso a paso contra los pequeños desórdenes cotidianos se logra hacer retroceder las grandes patologías criminales. Esto lo planteo con base en que, a pesar la clasificación contenida en el acuerdo número 29-2011 de la Corte Suprema de Justicia donde se establecen los delitos menos graves no se conoce ningún avance en la disminución en contrarrestar la delincuencia.

Si bien es cierto, en Guatemala han existido intentos de aplicar la tolerancia cero en el proceso penal un tanto parecida a lo planteado en este trabajo de investigación, no se



ha podido cumplir exactamente con lo que la población requiere, tal es el caso del Decreto 6-2013 del Congreso de la República que reforma el Decreto 51-92 Código Procesal Penal el cual reforma el cuarto párrafo del Artículo 264 del cuerpo legal referido en la que se tipifica la exclusión de delitos para el otorgamiento de medidas sustitutivas ya que con ello se refleja la debilidad del Estado para combatir la delincuencia ya que no se aplica a todos los ilícitos penales ya regulados.

## **5.1 Discrepancia entre la tolerancia cero y el derecho penal moderno**

Es necesario que para hacer una diferencia entre la tolerancia cero y el derecho penal moderno se analice el derecho penal, sus antecedentes y escuelas.

### **5.1.1 Derecho penal**

Tradicionalmente se ha definido el derecho penal en forma bipartita desde el punto de vista subjetivo y desde el punto de vista objetivo, división que sigue siendo la más válida ya que permite la ubicación del como hace y como se manifiesta el derecho penal para regular la conducta humana y mantener el orden jurídico por medio de la protección social contra el delito.



➤ Antecedentes históricos:

“Se ha dicho que el derecho penal es tan antiguo como la humanidad misma, ya que son los hombres los únicos protagonistas de esta disciplina de tal manera que las ideas penales han evolucionado a la par de la sociedad.

En la interrelación humana se manifiesta la conducta humana que realiza acciones u omisiones según su voluntad, pero cuando estas acciones u omisiones dañan un interés jurídicamente tutelado son reprobados por el Derecho Penal en nombre del Estado”.<sup>24</sup>

Algunos estudiosos del derecho plantean diferentes épocas que desarrollaron la forma de castigar a los transgresores de la ley las cuales clasifican de la siguiente forma:

Época de la venganza privada. La venganza particular se ha tomado como el inicio de la retribución penal en virtud que en los primeros grupos humanos la función penal revestía el aspecto de venganza, aunque no se trate de un sistema penal en sí, sino de una forma de manifestación individual, ésta se deriva de un impulso al instinto de defensa, ante la reacción provocada por un ataque que se considera injusto. Es esta época cada quien se hacía justicia por su propia mano pero existía la falta de limitación en la venganza por lo que fue enfocada en la ley del talión, según la cual no podía devolverse al delincuente un mal mayor que el inferido a su víctima, es decir, ojo por ojo

---

<sup>24</sup>De León Velasco, Héctor Aníbal y de Mata Vela, José Francisco, **Derecho penal guatemalteco**, pág. 14.



diente por diente. Además de la Ley del talión aparece como otra limitación de la venganza privada la llamada composición de la cual el ofensor o su familia entregaba al ofendido y los suyos cierta cantidad de bienes para que éstos no ejercitaran el derecho de venganza, esto puede tomarse como una antecedente a lo regulado en el Artículo 117 literal e) del Código Procesal Penal que establece que el agraviado tiene el derecho de recibir resarcimiento y/o reparación por los daños causados.

Época de venganza divina: Como bien he mencionado en la parte introductoria es en esta época donde se sustituye la voluntad individual del vengador por una voluntad divina a la que corresponde la defensa de los intereses colectivos lesionados por el delito. La justicia penal se ejercita en el nombre de Dios, los jueces generalmente sacerdotes juzgan en su nombre.

Época de la venganza pública: Esta época se caracteriza porque el poder público ejerce la venganza en nombre de la colectividad o de las personas cuyos bienes jurídicos han sido lesionados o puestos en peligro. La represión penal que pretendían mantener a toda costa la tranquilidad pública, se convierte en una verdadera venganza pública que llegó a excesos caracterizándose por la aplicación de penas totalmente desproporcionadas con la relación al daño causado.

Periodo humanitario: Como consecuencia de la excesiva crueldad de la época de la venganza pública se dio un movimiento humanizador, no sólo de la pena sino del procedimiento penal, comienza a fines del siglo XVIII con la corriente intelectual del iluminismo, pero es indiscutible y aceptado unánimemente que su precursor fue César



Bonessana (el Marqués de Beccaria, con su obra de los delitos y las penas). Se pronunció abiertamente contra el tormento, el fin de la pena no era atormentar, el fin es impedir al reo causar nuevos daños y retraer a los demás de la comisión de otros iguales. Beccaria se ha dicho que tiene el mérito de haber cerrado la época antigua del derecho penal y abrir la denominada época de la edad de oro del derecho penal."<sup>25</sup>

Etapa científica: tiene sus inicios con la obra del marqués de Beccaria antes mencionado es en esta época que se consideró al derecho penal como una disciplina única, general e independiente cuyo objetivo era el estudio del delito y de la pena desde el punto de vista estrictamente jurídico".<sup>26</sup>

"Luego de la escuela clásica aparece la escuela positiva del derecho penal, con ideas totalmente opuestas, al extremo de que Enrico Ferri considera que el derecho penal debía desaparecer totalmente como ciencia autónoma para convertirse en una rama de la sociología criminal, auxiliándose para su estudio de métodos positivistas o experimentales.

"En este período el derecho penal sufre una profunda transformación a causa de la irrupción de las ciencias penales, se deja de considerar el delito como una entidad jurídica para convertirse en una manifestación de la personalidad del delincuente, la pena deja de tener un fin puramente retributivo y se convierte en un medio de corrección social o defensa social.

---

<sup>25</sup> **Ibid**, pág. 18.

<sup>26</sup> **Ibid**.



“Luego de esta etapa surge el derecho penal autoritario, producto de la aparición de regímenes políticos totalitarios cuya principal característica era proteger al Estado por lo cual los delitos de tipo político fueron considerados como infracciones de especial gravedad y castigados severamente”.<sup>27</sup>

Época moderna: “Actualmente existe unicidad de criterio de toda la doctrina en cuanto a que el Derecho Penal es una ciencia eminentemente jurídica, para tratar los problemas relativos al delito, al delincuente, a la pena y a las medidas de seguridad; mientras que las ciencias penales o criminológica, que tienen el mismo objeto de estudio, lo hacen desde un punto de vista antropológico y sociológico”.<sup>28</sup>

#### ➤ Definición de derecho penal

Suele hacerse un empleo dual de la expresión derecho penal como de cualquiera que designa una rama de la enciclopedia jurídica. Con ella se designa, por un lado, a un conjunto de preceptos normativos y, por otro, al sistema de comprensión de estos preceptos. En otras palabras: con derecho penal suele designarse indistintamente a la legislación penal y a la ciencia que la interpreta, sea alternativa o acumulativamente.

El uso indiscriminado de la expresión derecho penal ahora como legislación o ciencia, no es nocivo si tenemos en cuenta la dualidad que suele encerrar, por lo cual se

---

<sup>27</sup> **ibid**, pág. 20.

<sup>28</sup> **ibid**.



entiende como derecho penal al “conjunto de leyes que traducen normas tuitivas de bienes jurídicos y que precisan su alcance cuya violación se llama delito e importa una coerción jurídica particularmente grave, que procura evitar nuevas violaciones por parte del autor.”<sup>29</sup>

Según el escritor español Eugenio Cuello Calón el derecho penal “es el conjunto de normas jurídicas que determina los delitos, las penas que el estado impone a los delincuentes y las medidas de seguridad que el mismo establece”.<sup>30</sup>

Derecho penal según el autor de León Velasco “es el conjunto de leyes mediante las cuales el estado define los delitos, determina las penas imponibles a los delincuentes y regula la aplicación concreta de las mismas a los casos de incriminación”.<sup>31</sup>

Entre otras definiciones se pueden citar las de algunos doctrinarios, tales como:

“La rama del Derecho que regula la potestad pública de castigar, estableciendo lo que es punible y sus consecuencias, y aplicar una sanción o una medida de seguridad a los autores de infracciones punibles. Ricardo Nuñez “.<sup>32</sup>

“Conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto de delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo, y

---

<sup>29</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl. **Tratado de derecho penal**, pág. 24.

<sup>30</sup> Cuello Calón, Eugenio, **Derecho penal**, pág. 8.

<sup>31</sup> De León, **Op. Cit**, pág. 5.

<sup>32</sup> Ramón Maciá, Gómez, “Sistemas de Derecho Procesal Penal en Europa”, 1995, [http://es.wikipedia.org/wiki/Derecho\\_penal](http://es.wikipedia.org/wiki/Derecho_penal). (13 de mayo de 2011).



asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora.

Luis Jiménez de Asúa".<sup>33</sup>

En resumen podemos decir que derecho penal es el conjunto de normas jurídicas establecidas por el Estado, que definen las conductas delictivas y las penas o medidas de seguridad que hay que aplicar a sus infractores.

Cuando se habla de derecho penal se utiliza el término con diferentes significados según a qué el mismo se esté refiriendo. De tal modo podemos mencionar una clasificación preliminar tal como: derecho penal sustantivo y, por otro lado, el derecho penal adjetivo o procesal penal.

Derecho penal sustantivo: se refiere a "la sustancia de la misma que conforma el objeto de estudio de la ciencias del derecho penal, como es el delito, el delincuente, la pena y las medidas de seguridad; y que legalmente se manifiesta contemplado en el Decreto 17-73 del Congreso de la república y otras leyes penales de tipo especial".<sup>34</sup>

"El derecho penal procesal o adjetivo: busca la aplicación de las leyes del derecho penal sustantivo a través de un proceso, para llegar a la emisión de una sentencia consecuentemente a la deducción de la responsabilidad penal imponiendo pena o medida de seguridad y ordenando su ejecución.

---

<sup>33</sup> Jiménez de Asúa, Luis, **Lecciones de derecho de penal**, pág. 2.

<sup>34</sup> De León, **Op. Cit**; pág. 8.



“Se refiere pues al conjunto de normas y doctrinas que regulan el proceso penal en toda su sustanciación, convirtiéndose en el vehículo que ha de transportar y aplicar el Derecho penal sustantivo o material y que legalmente se manifiesta a través del Decreto 51-92 del congreso de la república, Código procesal penal”.<sup>35</sup>

- Contenido del derecho penal: El estudio del delito, delinciente, la pena y las medidas de seguridad.

Desde el punto de vista estricto él se compone de 2 partes:

- Contenido de la parte general del derecho penal: Instituciones, conceptos, principios, categorías y doctrinas relativas al delito, al delinciente, a las penas y medidas de seguridad.
- Contenido de la parte especial del derecho penal: Se ocupa de los ilícitos penales, penas y medidas de seguridad que se han de aplicar a quienes los cometan.

Desde el punto de vista más amplio (latu sensu):

Ramas en que se divide el derecho penal:

---

<sup>35</sup> Ibid.



Sustantivo (o material). Este se refiere a la sustancia misma que conforma el objeto de estudio de la ciencia del derecho penal, delito, delincuente, pena y medida de seguridad.

Adjetivo (procesal). Es el conjunto de normas y doctrinas que regulan el proceso penal, para llegar a la emisión de una sentencia, la deducción de responsabilidades y la imposición de una pena, aplicando de esta manera el derecho penal sustantivo o material.

Ejecutivo (penitenciario). Es el conjunto de normas y doctrinas tendientes a regular la ejecución de la pena en los centros penales o lugares destinados para el efecto.

➤ Características del derecho penal:

- a. Normativo: Porque está compuesto por normas que contienen mandatos o prohibiciones que regulan la conducta humana.
- b. Positivo: Porque el derecho penal vigente es sólo aquel que el Estado ha promulgado con ese carácter y porque es jurídico.
- c. Público: Porque sólo al Estado corresponde crear delitos e imponer penas y medidas de seguridad.
- d. Valorativo: Porque está subordinado a un orden valorativo en cuanto que califica los actos humanos con arreglo a una valoración.
- e. Finalista: Porque su fin es resguardar el orden jurídico establecido a través de la protección contra el crimen.



f. Sancionador: Porque reprime, castiga e impone una pena o medida de seguridad con carácter retributivo.

g. Preventivo y rehabilitador: Porque con la aplicación de las penas o medidas de seguridad al delincuente, ya no es sancionador sino preventivo, rehabilitador, reformador del delincuente.

h. Social y cultural: Porque no regula fenómenos naturales, sino conductas en atención a un fin considerado como valioso.

➤ Fines del derecho penal

a) Tradicional: El mantenimiento del orden jurídico previamente establecido y su restauración a través de la imposición y la ejecución de la pena cuando es afectado o menoscabado por un delito.

b) Moderno: El Derecho penal es preventivo y rehabilitador.

➤ Escuelas del derecho penal

Es el conjunto de doctrinas y principios que a través de un método tiene por objeto investigar la filosofía del derecho de penar, la legitimidad del *IusPuniendi*, la naturaleza del delito y los fines de la pena.



a. Escuela clásica del derecho penal:

Esta corriente de pensamiento auténticamente jurídico-penal, se inicia a principios del siglo XIX en la Escuela de Juristas. Su máximo exponente es Francesco Carrara.

Sus postulados más importantes son:

Respecto del derecho penal: Se consideró como una ciencia jurídica que debía estar incluida dentro de los límites que marca la ley, sin dejar nada al arbitrio del Juez, cuyo fundamento debía ser la justicia limitada.

Respecto al método: El método más apropiado para el estudio de su construcción jurídica era el Racionalista o Especulativo.

Respecto del delito: Sostuvieron que no era un ente de hecho, sino un ente jurídico, una infracción a la ley del estado, y no un hecho.

Respecto de la Pena: La consideraron como un mal, a través del cual, se realiza la tutela jurídica, siendo la única consecuencia del delito.

Respecto del delincuente: No profundizaron en el estudio del delincuente, más que como autor del delito, afirmando que la imputabilidad moral y el libre albedrío son la base de su responsabilidad penal.



b. Escuela positiva del derecho penal:

Aparece en Italia una nueva corriente de pensamiento en la ciencia del derecho penal, que apartándose radicalmente de los principios y postulados clásicos hasta entonces aceptados, provocó una verdadera revolución en el campo jurídico-penal, minando su estructura desde sus cimientos hasta sus niveles más elevados, creó una profunda confusión en las ideas de esa época que se puede denominar la crisis del derecho penal clásica, la cual duro casa más de medio siglo.

La escuela positiva del derecho penal evolucionó en tres etapas:

La primera etapa la antropológica cuyo exponente es César Lombroso; la Segunda etapa la jurídica, representada por Rafael Garófalo; y la tercera etapa, la sociológica representada por Enrico Ferri.

El fin principal de las penas deja de ser el restablecimiento del derecho violado y pasa a ser el de la prevención y, en esa virtud, las penas ya no son determinadas y proporcionales al daño causado por el delito, sino más bien indeterminadas y proporcionadas a la temibilidad del delincuente.

La escuela clásica no dejaba librado absolutamente nada al arbitrio del juzgador; por el contrario, los positivistas dejan un amplio arbitrio al juez para que pueda ajustar la pena a la personalidad del delincuente.



Los postulados más importantes de esta escuela son:

- Respecto del derecho penal: Nuestra disciplina pierde su autonomía, como ciencia jurídica y es considerada como parte de las ciencias fenomenalistas, especialmente como una simple rama de la sociología criminal;
- Respecto del método: Utilizaron el método de observación y experimentación, propio de las ciencias naturales, al cual denominaron método positivo;
- Respecto del delito: Se considero al delito como un fenómeno natural o social; definiéndolo como una lesión a aquella parte del sentimiento moral que consiste en los sentimientos altruistas fundamentales, o sea, la piedad y la probidad, en la medida en que estos sentimientos son poseídos por una comunidad;
- Respecto de la pena: Consideraron que la pena era un medio de defensa social, sosteniendo que la pena no era la única consecuencia del delito, ya que debía de aplicarse una serie de sanciones y medidas de seguridad, de acuerdo con la personalidad del delincuente;
- Respecto del delincuente: Fue considerado como un ser anormal, relegándolo de la especie humana, por cuanto decían era un ser atávico, con fondo epiléptico, idéntico al loco moral y con caracteres anatómicos psíquicos y funcionales especiales, que delinque no solamente por sus características biopsíquicas sino por las poderosas influencias del ambiente y de la sociedad.

c. Escuelas intermedias del derecho penal:

- Es innegable que ambas escuelas aportaron grandes avances para nuestra disciplina, como innegable es que cometieron grandes errores, así por ejemplo:



mientras la escuela clásica dio un carácter definitivamente científico al Derecho Penal desde el punto de vista jurídico, hilando un sistema de acabada perfección sobre la tesis del delito como ente jurídico, buscando siempre un criterio de justicia absoluta, olvidó o no quiso recordar que el delito antes que una fría creación legal es un hecho del hombre, y postergó el estudio del delincuente. La escuela positiva que reivindicó al delincuente exigiendo que se le estudiara más profundamente y que se le tratara con medidas adecuadas a su personalidad, castigando el delito no en relación al daño causado, sino en relación a la peligrosidad social del delincuente, creando las famosas medidas de seguridad para la prevención del delito y la rehabilitación del delincuente, postergó el estudio del derecho anteponiendo el estudio de las ciencias naturales o criminológicas, negando también la libertad moral del delincuente por un crudo determinismo.

- La escuela clásica como se ha dicho con una expresión feliz, enseñó a los hombres el conocimiento de la justicia, en tanto que la escuela positiva enseñó a la justicia el conocimiento de los hombres.
- Las llamadas escuelas intermedias plantearon sus más importantes postulados en forma ecléctica, retomando principios fundamentales, tanto de la escuela clásica como de la escuela positiva del derecho penal, iniciando así una nueva etapa en el estudio de nuestra ciencia que podrían catalogarse como antecedentes del derecho penal contemporáneo.



### **5.1.2 Discrepancias**

Al hacer el análisis por el derecho penal, es evidente que el tomar como doctrina la cero tolerancia, esta se contrapone con el hecho de que el derecho penal ha ido evolucionando y este podría tener una regresión a la época de la venganza pública.

Se dice que la cero tolerancia se encuentra inmersa dentro del derecho penal del enemigo, pero estas tendencias tienen una línea muy delgada de la vulneración de los derechos humanos de las personas y el problema no es la falta de normativas sino en la corrupción que impera durante todo el proceso y posteriormente en los centros de privación de libertad.

### **5.2 Consecuencias de la tolerancia cero en la aplicación de las leyes**

La primera consecuencia y la más evidente es el relajamiento de garantías probatorias y procesales. Podemos advertir la existencia de ciertos mecanismos aplicables a los enemigos conducentes a cierta disminución de garantías propiamente probatorias.

En razón de ello, es menester señalar que el derecho penal del enemigo importa un adentramiento en el ámbito de la prueba, en tanto involucra una restricción de algunas esferas privadas. Así, por ejemplo, a un grupo peligrosamente organizado habrá que interceptarlo de la forma más hábil y eficaz que permitan identificarlo, por ejemplo, mediante el allanamiento de su domicilio con fines investigativos sin posibilidad de reacción, el de incomunicarlos para que no puedan desaparecer testigos o elementos



de prueba, esto, no con el designio de violentar sus derechos y libertades, sino, porque es la única forma real de combatirlos y asegurarlos.

Sostener lo contrario, implicaría desnaturalizar al ser humano y por tanto, menoscabar su dignidad transformándolo en objeto de decisión, situación que no es recibida por el derecho penal del enemigo. Dicho esto, podemos proponer otra conclusión más, y esta obedece a que el derecho penal del enemigo no va en contra de los Derechos Humanos, todo lo contrario, lo que busca es confirmar la vigencia de la norma en concordancia con los postulados de los Derechos Humanos.

### **5.3 La cero tolerancia frente al derecho constitucional**

La vinculación entre el derecho penal del enemigo y el Estado constitucional de derecho, a propósito de la reincidencia y la habitualidad.

Un Estado constitucional de derecho, in limine, eleva la Constitución desde el plano programático al mundo de las normas jurídicas vinculatorias y, por resultante, no sólo acoge el principio de la primacía de la ley, in suo ordine, sino que la complementa con el principio de la supremacía de la Constitución sobre la ley y, por tanto, sobre todo el ordenamiento jurídico.

Esta primacía de la Constitución sobre la ley se sustenta, en primer lugar, en la doctrina adoptada por Kelsen y hoy generalmente admitida según la cual el orden jurídico constituye un sistema jerárquico que, iniciándose en la Constitución, se extiende por los



sucesivos momentos en el proceso de su creación en las demás normas existentes. En trato con lo anterior, no podría concebirse un derecho penal sin límites y principios penales-constituciones como remedios a posibles abusos de interpretación y arbitrariedad, fundamentalmente jurisdiccional.

#### **5.4 Posible aplicación de la doctrina de la tolerancia cero en el sistema legal guatemalteco**

Como se ha establecido anteriormente la aplicación de la tolerancia cero en el derecho penal vigente, se debe a la inseguridad en que viven los pobladores de Guatemala; pero así como disminuiría la ola delincencial, también se reducirían los derechos de las personas.

Para la aplicación de esta doctrina, el Estado ha tenido que recurrir a reforzar el sistema policial y ejército en las calles o de una manera más moderna y discretamente con micrófonos, cámaras de televisión en viviendas y lugares de trabajo, interceptaciones telefónicas y todo el conjunto de técnicas informáticas y telemáticas de control a distancia que hacen posible un panóptico social mucho más capilar y penetrante que el carcelario que concibió Bentham e idóneo para desempeñar funciones no sólo de prevención de los delitos sino también de gobierno político de la sociedad.

En suma, existe una tendencia mundial cada vez más acentuada en crear mecanismos de defensa, en aras de la seguridad nacional, aniquilando los principios básicos del derecho penal liberal, para elaborar un nuevo derecho penal moderno con claros fines





- g) Fomentar la denuncia ciudadana. En el entendido que la colaboración entre la población y Gobierno, es la herramienta más efectiva para la solución de conflictos.
- h) Combatir el contrabando con determinación. Desarticular las redes de corrupción en aduanas, retomar el control en puntos fronterizos de las rutas de contrabando identificadas.
- i) La construcción de nuevos centros penales, conformación de una guardia penitenciaria capacitada y retomar el control de los centros carcelarios del país.
- j) Sanciones severas a los juzgadores y auxiliares del juez que se presten a actos de corrupción.

Conocemos las causas que provocan la corrupción; para prevenirla, debemos atacarlas en un proceso de prevención, permanente y como política de Estado, por ejemplo; sabemos que existen causas endógenas que tienen que ver con el individuo, tales como la falta de valores, carencia de conciencia social, falta de educación, desconocimiento de las leyes, baja autoestima y paradigmas distorsionados y negativos en los cuales es más importante el tener que el ser, entonces, la educación, la integración a la sociedad, la generación de oportunidades y el crecimiento económico del país, serán nuestras mejores armas preventivas.



## CONCLUSIONES

1. Todo derecho penal, debe tener una política criminal que guarde estricta observancia a los postulados constitucionales, ya que el violentar las garantías inmersas en la Carta Magna solamente trae consigo un retroceso en la formación de un estado de Derecho.
2. Los legisladores siguen creando normativas más severas para los diferentes ilícitos penales, pero el inconveniente radica en que el debido proceso es vulnerado en muchas ocasiones, por juzgadores y auxiliares del juez que realizan actos de corrupción, debido a ellos, no se aplican las sanciones correspondientes a la gravedad de los delitos cometidos. Esta situación conlleva a la desconfianza de la población en el sistema de justicia.
3. Otro de los problemas con el que se enfrentan los pobladores víctimas de algún ilícito, es el hecho que cuando su agresor es sancionado con privación de libertad, en lugar de ir a un centro de readaptación, se ve confinado en un lugar con privilegios, en el que continúa delinquiendo desde el centro de privación de libertad.





## RECOMENDACIONES

1. El Estado debe fomentar en la población guatemalteca el respeto a las garantías constitucionales; esto solo se logrará con el conocimiento de la Carta Magna por todos sus pobladores, por lo cual se debe llevar este conocimiento por todos los medios de comunicación y en todos los idiomas que existen en el país.
2. El Estado de Guatemala por medio del Organismo Judicial, le corresponde la creación de mecanismos que controlen de manera eficaz, que se apliquen las sanciones correspondientes a la gravedad de los ilícitos cometidos por los imputados y, que el proceso se lleve de manera transparente evitando todo acto de corrupción.
3. El Estado por medio de todas sus instituciones, debe de concienciar a la población de las consecuencias de la corrupción y crear en la población una política de denuncia de cualquier acto anómalo, que presenciaren o fuesen víctimas, a la vez que se garantizará su seguridad personal y jurídica.





## BIBLIOGRAFÍA

COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. **Derecho Mexicano de Procedimientos Penales.** México: Ed. Porrúa, 1995.

DEL SOLAR ROJAS, Francisco José. **Los Derechos Humanos y su Protección.** Ed. Fondo Editorial de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Lima, Perú 2000.

Derechos fundamentales y libertades públicas. Microsoft® Encarta® 2009 [DVD]. Microsoft Corporation, 2008.

FUSTER, Jaime B. **Derechos Fundamentales y Deberes Cívicos de las Personas. (s.e) Puerto Rico, 1992.**

JAKOBS, Günther, **Derecho penal del enemigo.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Hammurabi; 2003.

JAKOBS, Gunther. **El derecho penal ante las sociedades modernas,** Lima. Ed. Grijley; 2007.

JAKOBS Günther y CANCIO MELIA, Manuel. **Derecho penal del enemigo,** Madrid, España: Cuadernos Civitas: 2003.

MUJICA, Rosa María. **Educación en Derechos Humanos y la Paz.(s.e)** Lima, Peru. 1999.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho penal del enemigo.** Conferencias magistrales, no. 6, México, INACIPE; 2003.

PACHECO G. Máximo. **Teoría del Derecho. (s.e)** Perú, 1998.

PALOMINO MANCHEGO, José F. **¿Qué se entiende por derechos humanos?** Perú, 1998.

QUIROGA LAVIÉ, Humberto. **Los Derechos Humanos y su defensa ante la justicia.** Ed. Temis. Santa Fe de Bogotá, Colombia. 1995.

Traducción de Carlos Díaz, **Fundamentos de la filosofía del derecho,** Madrid, España: Ed. K.H. Ilting; 1993.

WACQUANT, L. **Las cárceles de la miseria.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Manantial SRL. 2004.



ZAFFARONI, Raúl E. **El enemigo en el derecho penal**. Bogotá, Ed. Ibáñez; 2006.

<http://www.monografias.com/trabajos76/derecho-penal-enemigo/derecho-penal-enemigo2.shtml>. Derecho penal del enemigo. (Guatemala, 14 de mayo 2011).

<http://www.filosofiyderecho.com/rtfd/numero5/15-5.pdf>. DONAIRES SÁNCHEZ, Pedro. **Los derechos humanos**. (Guatemala, 07 de mayo 2011)

<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf>. pág. 10. (01 de junio de 2011). Gracia, L, Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado derecho penal del enemigo. Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2005.

[http://pdf.rincondelvago.com/derechos-fundamentales\\_1.html](http://pdf.rincondelvago.com/derechos-fundamentales_1.html) Concha Lozano. LOZANO, Concha. **Los derechos fundamentales**.

<http://www.unla.edu.mx/iusunla14/opinion/EL%20JUEZ%20Y%20EL%20DERECHO.htm>. (Guatemala, 05 de mayo 2011) PARRA OCAMPO, Leopoldo. **El juez y el derecho**.

<http://www.derechoycambiosocial.com/revista019/derecho%20penal%20del%20enemigo.htm>, PORTUGAL SÁNCHEZ, Juan Carlos, "Derecho penal del enemigo", (01 de junio de 2011).

[http://www.inej.edu.ni/wp-content/uploads/2011/02/2\\_ToleranciaCero.pdf](http://www.inej.edu.ni/wp-content/uploads/2011/02/2_ToleranciaCero.pdf). Tolerancia cero. (Guatemala, 17 de junio 2011).

<http://www.prensalibre.com./noticias/denuncias-policias/2010/07/27>. Tolerancia cero.

## Legislación:

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

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

**Código Procesal Penal**, Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 51-92, 1992.

**Ley del Organismo Judicial**, Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 2-89, 1989.