

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

DERECHO PENAL DEL “ENEMIGO”: ¿EVOLUCIÓN O RETROCESO JURÍDICOS?

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

JAVIER RICARDO VEGA CHINCHILLA

Previo a conferirle el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, septiembre 2015

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

DERECHO PENAL DEL “ENEMIGO”: ¿EVOLUCIÓN O RETROCESO JURÍDICOS?

JAVIER RICARDO VEGA CHINCHILLA

GUATEMALA, SEPTIEMBRE 2015

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

DECANO:	MSc. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL I:	Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II:	Licda. Rosario Gil Pérez
VOCAL III:	Lic. Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV:	Br. Mario Roberto Méndez Álvarez
VOCAL V:	Br. Luis Rodolfo Aceituno Macario
SECRETARIO:	Lic. Daniel Mauricio Tejeda Ayestas

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

PRIMERA FASE:

Presidente:	Lic. Marco Antonio Arriola Zúñiga
Vocal:	Lic. Juan Ramiro Toledo Álvarez
Secretaria:	Licda. Miriam Lili Rivera Álvarez

SEGUNDA FASE:

Presidenta:	Licda. Crista Ruiz Castillo de Juárez
Vocal:	Lic. Juan Ramiro Toledo Álvarez
Secretaria:	Licda. Eloísa Mazariegos Herrera

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

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

*Edificio S-7, Ciudad Universitaria
Guatemala, Guatemala*



A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized initial followed by a surname.





LICENCIADA ELVIA AMANDA RAMÍREZ CHÁVEZ
ABOGADA Y NOTARIA
8av. Avenida 4-05 zona 19, colonia La Florida,
Ciudad de Guatemala
Teléfono: 24325836
Guatemala, C.A.

Guatemala, 19 de junio de 2015

Doctor

Bonerge Amilcar Mejía Orellana

Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

De la Universidad de San Carlos de Guatemala

Su Despacho.



Estimado Doctor Mejía:

De acuerdo con la resolución emanada de la Decanatura, he sido asignado para Asesor del trabajo del Bachiller **JAVIER RICARDO VEGA CHINCHILLA**, el cual se intitula: **“DERECHO PENAL DEL “ENEMIGO”: ¿EVOLUCIÓN O RETROCESO JURÍDICOS?”**.

El trabajo realizado posee un contenido técnico, con una metodología basada en el uso del método analítico y sintético, así como el deductivo e inductivo, utilizando la técnica de la investigación documental y bibliográfica.

La temática abordada tiene un contenido analítico-sintético, pues evidencia, no solo los planteamientos fundamentales del derecho penal del enemigo, sino también las posturas y críticas a favor y en contra sobre la posibilidad de su aplicación, por parte de diversos juristas; para arribar a conclusiones más objetivas y sensatas.

En cuanto a la metodología, como ya se dijo, se utilizó el método analítico y sintético, el inductivo y deductivo, que parte del análisis general y la síntesis de los temas relacionados al problema planteado, asimismo la redacción es congruente con las

normas que para el efecto se rigen además de que en su lectura se establece claridad y comprensión.

Se estima que el trabajo ofrece una contribución científica, por cuanto constituye un tema de interés social que debe ser profundizado para comprender y desvelar la esencia y las posibles repercusiones jurídicas del tema objeto de la ponencia presentada por el Bachiller Vega Chinchilla.

Las conclusiones están de acuerdo a los capítulos abordados y cumplen los requisitos para ello, además de ser congruentes también con las **recomendaciones** que se ha descrito en la parte final de este trabajo.

La bibliografía empleada es adecuada y por todo ello, y en virtud de haberse cumplido con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, resulta oportuno entonces, emitir mi opinión favorable respecto a este trabajo para que continúe con el trámite correspondiente, y en esa virtud emito **DICTAMEN FAVORABLE**, aprobando el trabajo de tesis del cual fui nombrado como asesor del mismo.

Atentamente,

LICENCIADA
Elvia Amanda Ramírez Chávez
ABOGADA Y NOTARIA

LICDA. ELVIA AMANDA RAMÍREZ CHÁVEZ
ABOGADA Y NOTARIA
COLEGIADA No. 8,888.



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 04 de agosto de 2015.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante JAVIER RICARDO VEGA CHINCHILLA, titulado DERECHO PENAL DEL "ENEMIGO": ¿EVOLUCIÓN O RETROCESO JURÍDICOS?. 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

Lic. Aviden Ortiz Orellana
DECANO




DEDICATORIA

- A DIOS: El amor infinito que sostiene al universo y nos regala el maravilloso don de la vida; la sublime divinidad de la que somos una gota.
- A MIS PADRES: Cristóbal de Jesús Chinchilla Pérez y Catalina Ramirez Ortiz (QEPD); de quienes aprendí el coraje, la dignidad y la perseverancia que precisa cada paso que damos por la vida; así como el respeto, honestidad y orgullo con que se mira a los ojos. Gracias por todo, abuelitos.
- A MI MADRE: Juanita Chinchilla Ramirez, por ser amor, esfuerzo y lucha. Gracias por sembrar la semilla y cuidarla y protegerla siempre en libertad y con mucha sabiduría. El éxito es tuyo.
- A MIS HERMANOS: Lester Francisco y Jorge Orlando. Se dice que las palabras convencen pero el ejemplo arrastra...Cada quien elige la vida que quiere para sí mismo; sean ustedes quienes dirijan sus pasos. Todo el éxito para ustedes, sean felices.
- A LESTHER ORLANDO: Gracias por ser la esencia del amor puro, incondicional e inconmensurable y por la forma en que coloreas cada día de mi vida. Eres un sol con corazón, esfuérzate para que siempre irradie tu luz.
- A MIS AMIGOS: Por hacer más fácil y ameno el camino. En la distancia o a mi lado; a donde quiera que vaya, van conmigo.
- A LA FAMILIA COY LÓPEZ: Por su bondad e incompensable ayuda durante toda mi formación académica. Eternamente agradecido.



A MIS PADRINOS:

Gracias por la ayuda brindada, por el profesionalismo que los distingue como excelentes juristas y sobre todo por su invaluable y sincera amistad.

AL PUEBLO DE GUATEMALA:

Porque con el sudor de su esfuerzo es posible la educación superior pública en este país.

A:

La promoción XLVII del Instituto Adolfo V. Hall Central, por su compañerismo, unión, amistad y solidaridad; en especial a Aceituno Castro, Corado González (QEPD), Corzo Avendaño, Roca González y Zetina Valdéz.

A:

La Tricentenario Universidad de San Carlos de Guatemala, por su noble labor de esparcir la luz del conocimiento.

A:

La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por brindarme la preparación necesaria para el ejercicio de la digna y honrosa profesión de la Abogacía y el Notariado.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i
CAPÍTULO I	
1. El derecho penal.....	1
1.1. Concepto y definición.....	1
1.2. Derecho penal subjetivo y derecho penal objetivo.....	3
1.3. Naturaleza jurídica del derecho.....	6
1.4. Características del derecho penal.....	7
1.5. Contenido del derecho penal.....	11
1.6. Clases de derecho penal.....	14
1.7. Fines del derecho penal.....	15
1.8. Relación del derecho penal con otras disciplinas jurídicas.....	16
1.9. La ley penal.....	18
1.9.1. Concepto.....	18
1.9.2. Definición.....	20
1.9.3. Fuentes del derecho penal.....	21
1.9.4. Características de la ley penal.....	24
1.9.5. Estructura de la ley penal.....	28
1.9.6. Especies de la ley penal.....	29

CAPÍTULO II

2. Evolución histórica de la ideas penales.....	33
2.1. Venganza privada.....	35
2.2. Venganza divina.....	37
2.3. Venganza pública.....	40
2.4. Período humanitario.....	46
2.5. Las escuelas penales y el período científico.....	49
2.6. Época actual.....	57

CAPÍTULO III

3. Estado de derecho, control social y política criminal.....	59
3.1. Estado de derecho.....	59
3.1.1. Concepto.....	59
3.1.2. Características.....	60
3.1.3. Elementos del Estado.....	62
3.1.3.1. La población.....	62
3.1.3.2. El territorio.....	63
3.1.3.3. La soberanía.....	64
3.1.3.4. El poder, autoridad u organización política.....	64
3.2. Control social.....	66
3.2.1. Concepto.....	66
3.2.2. Clases de control social.....	68
3.2.2.1. Control social de acción.....	69
3.2.2.2. Control social de reacción.....	70
3.2.2.3. Control social informal o difuso.....	71
3.2.2.4. Control social formal o institucionalizado.....	73
3.2.3. Derecho penal y control social.....	74



3.3. Sistema penal.....	76
3.3.1. Concepto.....	76
3.3.2. Subsistemas o segmento.....	78
3.3.3. Implicaciones político criminales.....	82
3.4. Política criminal contemporánea.....	83
3.4.1. El concepto política.....	83
3.4.2. Definición de política criminal.....	84
3.4.3. Tendencias actuales: conceptos y enfoques.....	86

CAPÍTULO IV

4. El derecho penal contemporáneo; hacia la aplicación del derecho penal del enemigo.....	89
4.1. El derecho penal contemporáneo.....	89
4.2. El enemigo en el derecho penal.....	91
4.2.1. La base jurídico filosófica del enemigo.....	91
4.2.2. El enemigo en la historia.....	94
4.2.3. La construcción jurídica contemporánea del enemigo.....	97
4.3. Características del derecho penal del enemigo.....	100
4.4. Refutaciones al derecho penal del enemigo.....	105
4.4.1. El derecho penal del enemigo es incompatible con el Estado constitucional de derecho.....	105
4.4.2. El derecho penal del enemigo como elemento significativo de la expansión de un derecho penal ilimitado.....	112
4.5. Posturas a favor del derecho penal del enemigo.....	117
4.6. Algunas manifestaciones del derecho penal del enemigo en la legislación guatemalteca.....	122
CONCLUSIONES.....	131
RECOMENDACIONES.....	133
BIBLIOGRAFÍA.....	135



INTRODUCCIÓN

El derecho penal ha evolucionado conforme lo ha hecho la sociedad misma, tratando de ajustar sus regulaciones e instituciones a la realidad en que se vive para enfrentar eficientemente los retos del fenómeno delincriminal. Dentro de la política criminal ha ido tomando cada vez más relevancia el discurso sobre la expansión del derecho penal, lo que a nivel legislativo se ve materializado por la creación a ritmo exacerbado de figuras delictivas con penas desproporcionalmente excesivas en relación con el daño causado; el endurecimiento de las penas de los delitos ya existentes; el adelantamiento extralimitado de la intervención penal estatal y un proceso desprovisto (respecto del sindicado) de ciertas garantías reconocidas por el Derecho penal liberal, como medidas de combate a la criminalidad.

Una de las teorías más emblemáticas y cuyas características están matizadas por esta expansión penal de que se habla, es el derecho penal del enemigo; dentro de cuyos planteamientos retomados por el alemán Günther Jakobs, el eje focal y punto más polémico lo constituye la diferenciación entre personas y no-personas, que conlleva un trato distinto para unos y otros por parte del Estado; la hipótesis planteada en la presente investigación fue que esta forma de derecho penal se reconstruye a partir de postulados propios de los Estados absolutistas o de policía; cuyos alcances van más allá de los límites penales establecidos y reconocidos en un Estado constitucional y democrático de derecho.

Por medio de la presente tesis se pretende abordar el tema del derecho penal del enemigo, desde el punto de vista dogmático, específicamente sus fundamentos jurídico-filosóficos y planteamientos, con el objetivo de establecer el origen y evolución de los mismos a través de la historia; y su incompatibilidad con los principios, naturaleza y fines del derecho penal liberal. De la misma manera, realizar un breve análisis jurídico en torno a algunos cuerpos normativos dentro de la legislación guatemalteca que contienen ciertos elementos y disposiciones propios del derecho penal del enemigo,



con el objetivo de establecer sus alcances, repercusiones e ilegitimidad respecto de las garantías inherentes a las personas, reconocidos por la Constitución Política de la República de Guatemala y legislación penal positiva.

En el primer capítulo se desarrolla el tema del derecho penal y sus generalidades, como rama del derecho que fundamenta, y dentro del cual tiene lugar el problema jurídico que se aborda; en el segundo capítulo, y con el objeto de conocer y comprender la situación actual del derecho penal y el origen de los conceptos retomados por el derecho penal del enemigo, se aborda el tema del origen y evolución históricos de las ideas y conceptos penales; en el tercer capítulo se analiza acerca del concepto de Estado de Derecho y los sistemas de control social que le son propios, a manera de inducción a la política criminal, campo de acción del Estado frente a los ciudadanos y enemigos; el tema específico del derecho penal del enemigo se trata a fondo en el capítulo cuarto de la presente tesis de grado, en que también se analizan sus bases iusfilosóficas, la conceptualización de la figura del enemigo y su presencia en las legislaciones penales, la argumentación y como contraparte, las refutaciones en cuanto a su aplicación, y su introducción, a partir de ciertas regulaciones, en la legislación penal guatemalteca.

Los métodos de investigación analítico y sintético, inductivo y deductivo, constituyen la metodología utilizada para lograr los objetivos y arribar a las conclusiones y recomendaciones específicas de esta tesis.

En cuanto a las técnicas de investigación, fueron utilizadas las técnicas informáticas y bibliográficas, por medio de las cuales se logró recabar la información que, finalmente permite dar como resultado la investigación presentada en cuatro capítulos.



CAPÍTULO I

1. El derecho penal

1.1. Concepto y definición

Partiendo del entendimiento que las conductas que imposibilitan la convivencia pacífica entre los integrantes de un grupo social han estado presentes desde el origen mismo de la humanidad y que, aunque en un principio se carecía de un orden jurídico y una sociedad, establecidos como tal, rudimentariamente el delito ya existía; siempre se ha hecho necesario y seguirá existiendo la necesidad de regular el comportamiento de los seres humanos con el objeto de controlar sus actos y, de esta manera, proteger el conjunto social. He aquí el origen, la elementalidad y la esencia misma del derecho penal.

Siguiendo esa idea, Liliana Corona, menciona que "...históricamente se ha hecho necesaria la existencia de un mecanismo que regule el poder punitivo del Estado. A este poder se le denomina derecho penal, constituyendo desde luego la expresión más enérgica del poder, ya que tiene como objetivo salvaguardar los intereses más fundamentales para la sociedad. El derecho penal en general es considerado como un



medio del control social formal o institucionalizado punitivo, el cual deberá basarse en cuatro garantías fundamentales: la libertad; justicia, seguridad y bienestar, a fin de que dicho derecho no se convierta en un derecho represivo o de terror.”¹

“El concepto de derecho penal guarda, como apunta Zaffaroni, una dualidad, ya que éste es utilizado para designar tanto al conjunto de preceptos normativos, como al sistema de comprensión de estos preceptos, es decir, en primer término se refiere a la legislación penal o derecho penal y en segundo a la ciencia del derecho penal, que como ya mencionamos es la encargada de estudiar al derecho penal de una forma sistemática. Sin embargo el usar de forma indistinta una misma expresión para designar a dos conceptos que sin duda ligados son diferentes acarrea grandes confusiones, por lo que es de vital importancia tener presente que un concepto se refiere al objeto y otro a la ciencia encargada del estudio de dicho objeto.

Al respecto Zaffaroni propone la siguiente definición de derecho penal estableciendo en ella, la duplicidad ya abordada en párrafos precedentes, es decir por un lado se refiere al conjunto de normas y por otro a la ciencia del derecho penal “se entiende por 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,

¹ Corona Aguirre, Liliana. **La participación ciudadana como parte integrante de la seguridad pública en México.** Pág. 18.



también cabe entender por derecho penal, al sistema de compresión de ese conjunto de leyes.”²

Claus Roxín, notable penalista alemán, expresa que “el derecho penal se compone de la suma de todos los preceptos que regulan los presupuestos o consecuencias de una conducta conminada con una pena o con una medida de seguridad y corrección”.³

Edmund Mezger, sobre las ideas de Von Liszt, lo define como el “conjunto de normas jurídicas que regulan el ejercicio del poder punitivo del Estado, asociando al delito como presupuesto la pena como consecuencia jurídica”.⁴

1.2. Derecho penal subjetivo y derecho penal objetivo

Todo el abundante cúmulo de definiciones de derecho penal desarrolladas por los estudiosos del derecho, parten de dos aristas o sentidos de observación: el objetivo y el subjetivo, dependiendo de que se considere a dicho derecho como un conjunto de normas jurídico penales o bien, como parte del poder punitivo del Estado.

² Ibid. Pág. 21.

³ Roxín, Claus. **Derecho penal, parte general**. Pág. 41.

⁴ Pavón Vasconcelos, Francisco. **Manual de derecho penal mexicano**. Pág. 1



- Derecho penal subjetivo (ius puniendi)

El derecho penal, desde el punto de vista subjetivo, es el poder estatal para castigar conductas prohibidas, o sea, la facultad o potestad que tiene el Estado para prohibir conductas consideradas como delitos; e imponer y ejecutar las sanciones penales y demás medidas correspondientes.

El punto central del ius puniendi, lo constituye el poder o la facultad que tiene el Estado, primero para determinar qué conductas serán consideradas como delitos y luego para imponer un castigo, es decir la pena que corresponde a la realización de dichas conductas.

Siguiendo en este mismo sentido, Juan Bustos se refiere al ius puniendi, como “una decisión política criminal plasmada en una norma que declara punible un hecho y perseguible a su autor.”⁵

El derecho penal, desde el punto de vista subjetivo (ius puniendi), como se ha podido advertir y, atendiendo a distintas definiciones doctrinarias, constituye la exclusiva

⁵ Bustos, Ramirez, Juan y Hernán Hormazabal Malarée. **Lecciones de derecho penal**. Pág. 64.

potestad, y al mismo tiempo el deber que tiene el Estado, como ente soberano, de **castigar**; es decir, establecer los delitos, investigar, juzgar y resolver jurídicamente sobre el comportamiento de las personas, puestos a su consideración, así como imponer y ejecutar la sanción prevista en la ley penal si fuera el caso.

- Derecho penal objetivo (ius poenale)

En cuanto al punto de vista objetivo del derecho penal, Carrancá y Trujillo y Carrancá y Rivas, citados por Liliana Corona lo definen como “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... según Edmundo Mezger, el derecho penal objetivo es El conjunto de reglas que norman el ejercicio del poder punitivo del Estado, conectando en el delito como presupuesto, la pena como su consecuencia jurídica.”⁶

Así es como el derecho penal, desde el punto de vista objetivo (ius poenale) se infiere como el conjunto de normas jurídicas que regula la actividad punitiva del Estado. En este mismo sentido, se ha de tipificar los delitos, establecerse las penas y las medidas de seguridad y determinarse previamente la forma de ejecución de las mismas. Esta

⁶ Corona, Liliana. **Ob. Cít.** Pág. 22.

definición tiene suma importancia en el campo penal para poner de manifiesto que el derecho penal objetivo es el límite estricto del derecho penal subjetivo.

Sobre la base de los distintos conceptos y definiciones, tanto del punto de vista subjetivo como objetivo, de los ilustres juristas citados, podemos concluir que el derecho penal es una rama del derecho público, constituido por el conjunto de normas jurídicas que rigen la actividad punitiva del Estado a través de la regulación de conductas prohibidas (delitos y faltas) y las consecuencias jurídicas señaladas para éstas (penas y medidas de seguridad); así como los procedimientos legales de averiguación de hechos delictivos y juzgamiento de las personas, y las formas de cumplimiento de las sanciones previstas, con el objeto de controlar el comportamiento de las personas, salvaguardando bienes jurídicos fundamentales tutelados para mantener o restaurar el orden social.

1.3. Naturaleza jurídica del derecho penal

Una de las clasificaciones más aceptadas del derecho, es la que separa éste, en tres campos de acción: derecho público, derecho privado y derecho social. Para establecer la naturaleza jurídica del derecho penal tendremos que decir primero que, el derecho penal tiene como fin proteger intereses, tanto individuales como colectivos (privados y públicos), pero estableciendo claramente en su normativa jurídica una prioridad hacia éstos últimos. Segundo: Su cumplimiento es obligatorio, condicionando de tal manera la voluntad individual de las personas a lo que prescriben sus normas jurídicas; y por



último: En su ámbito de aplicación rige el imperio del Estado, como ente soberano, es decir que, dentro de su esfera, las relaciones del Estado con las personas no presenta igualdad de condiciones. Comprendiendo cada uno de estos aspectos, se sostiene firmemente que el derecho penal pertenece a la rama del derecho público.

1.4. Características del derecho penal

Respecto del tema de las características del derecho penal, se puede mencionar, por ser generalmente las más aceptadas y concordantes entre diversos juristas, las siguientes:

- Ciencia social y cultural

“Atendiendo a que el campo del conocimiento científico aparece dividido en dos clases de ciencias. Las ciencias naturales por un lado y las ciencias sociales o culturales por el otro, se hace necesario ubicar a nuestra disciplina en ambos campos, ya que los dos tienen características distintas, así por ejemplo: en las ciencias naturales el objeto de estudio es psico-físico; mientras en las ciencias sociales es el producto de la voluntad creadora del hombre; el método de estudio de las ciencias naturales es experimental mientras en las ciencias sociales o culturales es racionalista, especulativo o lógico abstracto; en las ciencias naturales la relación entre fenómenos es causal (de causa a



encaminados a regular la conducta humana dentro del grupo social, es decir, el deber ser.

- Carácter positivo

“Porque es fundamentalmente jurídico, ya que el derecho penal vigente es solamente aquél que el Estado ha promulgado con ese carácter.”⁸

- Valorativo

En el sentido que el derecho penal constituye un orden de valores, es decir, califica conductas humanas atendiendo a una valoración propia, jurídica; tal sistema valorativo “(...) está ordenado conforme una jerarquía, dentro de los cuales existen valores de mayor o menor importancia. Como consecuencia lógica, la norma jurídica tratará de dar una protección mayor a aquellos valores cuya realización sea más importante para la convivencia de las personas en sociedad y una protección eficaz pero menos drástica, a los valores cuya realización se considera menos importante.”⁹

Puede conceptualizarse entonces el derecho penal como valorativo, sobre la base de que sus normas son definidas y encaminadas al cumplimiento de sus propios fines,

⁸ Ibíd. Página 12.

⁹ Palacios Motta, Jorge Alfonso. **Apuntes de derecho penal**. Pág. 5.



partiendo de una valoración previa de las conductas humanas dentro de la colectividad social, y a que sus respectivas sanciones solamente pueden ser justificadas en el entendido de que mediante esa plataforma de normas prohibitivas y/o restrictivas son protegidos los más fundamentales bienes jurídicos inherentes a la persona.

- Finalista

“Porque siendo una ciencia su fin primordial es resguardar el orden jurídicamente establecido, a través de la protección contra el crimen.”¹⁰ En otras palabras, la ley regula las conductas que deberán observarse, en función de un fin colectivamente perseguido y acordado.

- Preventivo y rehabilitador

Puesto que con las medidas de seguridad, el derecho penal deja de ser única y eminentemente sancionador para cumplir la función de ser preventivo, rehabilitador, reeducador y resocializador del delincuente. Es decir, que además de sancionar, debe buscar la prevención del delito y la rehabilitación del delincuente.

¹⁰ De León Velasco y De Mata Vela. **Ob. Cit.** página 13.



- Es fundamentalmente sancionador

Basado en el argumento que, como se indica anteriormente, el derecho penal constituye un orden valorativo de conductas sociales y que, con el objeto de alcanzar sus propios fines, establece asimismo castigos o sanciones de carácter retributivos para reprimir esas conductas, guardando lógicamente una proporcionalidad entre el daño causado por la persona que ha sido condenado por la comisión de un delito con la pena que ha de imponerse. O sea, por medio de las penas, el Estado castiga al delincuente y reprime jurídicamente su conducta ilícita, como última defensa en contra de las conductas humanas que constituyen un agravio a cualquier bien jurídico tutelado, y en salvaguarda del orden social.

1.5. Contenido del derecho penal

Como se desarrolló específicamente en el punto de la definición del derecho penal se expuso la dualidad que encierra dicha definición; diferenciando por una parte, el derecho penal y la ciencia del derecho penal. Someramente se refiere esa dualidad con la finalidad de comprender el contenido de la rama del derecho, objeto de estudio de este trabajo de tesis.



- La ciencia del derecho penal

En relación con la ciencia del derecho penal, diremos que se refiere al conjunto sistemático de principios, doctrinas, escuelas e instituciones que se ocupan del estudio y desarrollo de todo lo relativo al delito, a las faltas, al delincuente, a la pena y a las medidas de seguridad.

- Derecho penal

El derecho penal constituirá entonces, el conjunto de de normas jurídicas, emanadas del órgano de creación de la ley, a través del cual se establecen los delitos, las penas y las medidas de seguridad. (Partiendo de este extremo, se deduce que esta definición se refiere stricto sensu a la ley penal)

- División para su estudio

- Parte general

Cuyo contenido está conformado por los distintos conceptos, categorías y doctrinas relativas al delito, al delincuente, las penas, las medidas de seguridad y los aspectos todos aquellos aspectos que son comunes a éstos.

- Parte especial

Se ocupa de ilícitos penales propiamente dichos (delitos y faltas) y de las penas y las medidas de seguridad que han de aplicarse a los responsables de las conductas penalmente prohibidas.

- Ramas del derecho penal (división en sentido amplio)

- El derecho penal sustantivo o material

Se refiere a la sustancia misma, o sea, las normas jurídico penales que tipifican y desarrollan todo lo concerniente al delito, el delincuente, las penas y las medidas de seguridades.

- El derecho penal procesal o adjetivo

Es el conjunto de normas jurídicas que determinan todo lo relativo al proceso penal y la aplicación de las leyes del derecho penal sustantivo en los casos concretos.



- El derecho penal ejecutivo o penitenciario

Conformado por el conjunto de normas jurídicas que regulan la ejecución de las penas en los centros penales o penitenciarios estatuidos y destinados para tal efecto.

1.6. Clases de derecho penal

Se discute aún la independencia de algunos derechos penales que todavía no lo han alcanzado plenamente, tal es el caso de los siguientes:

- Derecho penal administrativo

Conjunto de normas o disposiciones administrativas que amenazan con sancionar a los particulares que no cumplan con sus obligaciones frente a la administración pública.

- Derecho penal disciplinario

Conjunto de disposiciones tendientes a sancionar a los empleados públicos en el desenvolvimiento de sus funciones.



- Derecho penal fiscal

Conjunto de disposiciones tendientes a sancionar el incumplimiento de obligaciones fiscales, hacendarios o tributarios.

Se considera que estas ramas del derecho no poseen una autonomía plena, puesto que el derecho penal sanciona todas las conductas que perjudiquen los intereses jurídicos tutelados por el ordenamiento jurídico extra-penal.

1.7. Fines del derecho penal

El fin esencial del derecho penal es procurar y preservar la convivencia pacífica de las personas entre sí; tratando para ello de mantener el orden jurídico previamente establecido, por medio de la tutela de bienes jurídicos que son comunes a todos los miembros del grupo social; su restauración, cuando es afectado o quebrantado por la comisión de un delito, a través de la imposición y la ejecución de la pena, y la rehabilitación y reeducación social del delincuente, para que éste vuelva a integrarse a la sociedad.

En síntesis, busca controlar socialmente a los individuos para resguardar un orden jurídico establecido; a través de la prevención delictual, sanción de la conducta delictuosa y rehabilitación del delincuente.



1.8. Relación del derecho penal con otras disciplinas jurídicas

- Con el derecho constitucional

Éste, sin duda es el vínculo más importante entre el derecho penal y cualquier otra rama jurídica, en virtud que es la Constitución Política en que se fundamenta el derecho penal; en ella se establecen principios y garantías fundamentales penales, las limitaciones al ius puniendi y los mecanismos de defensa para hacer efectivas dichas garantías.

- Con el derecho civil

Su relación con el derecho civil radica inicialmente en que ambas disciplinas jurídicas regulan las relaciones de las personas en sociedad, estableciendo sanciones para asegurar la pacífica convivencia social, siendo además el derecho civil, donde se originan ciertas instituciones de derecho que se constituyen como elementos base para el derecho penal, como lo es la capacidad legal, que determina la imputabilidad o no del autor de un hecho delictivo, la filiación que representa un elemento agravante o bien atenuante del delito, dependiendo de circunstancias especiales; o derechos que al ser violentados dan lugar a la intervención del derecho penal, como es el caso de los alimentos que ante la negación de quien, por ley esté obligado a prestarlos provoca la persecución penal de este último.



- Con el derecho mercantil

Con el derecho mercantil, existe una relación similar a la que se da con el derecho civil, en el sentido de que la infracción de ciertas prescripciones de leyes comerciales motiva la intervención del poder punitivo del Estado, a través del derecho penal. Un ejemplo básico es el delito de estafa mediante cheque, que se origina por motivo de la creación y la falta de pago de un título de crédito, institución absolutamente mercantil.

- Con el derecho internacional

Se relaciona con el derecho internacional puntualmente, en cuanto a distintos aspectos de tipo penal en que se hacen necesarias la relación y cooperación política y diplomática de dos o más estados, Ejemplo: La extradición y el reconocimiento de sentencias dictadas en el extranjero, regulados por el derecho penal interno.

- Con el derecho administrativo

Inicialmente, el derecho penal protege la actividad administrativa, castigando todo acto que atente contra su correcto funcionamiento. Siguiendo ese orden, el hecho de ser el autor de un delito, autoridad administrativa constituye un agravante de la pena. Así también porque el ejercicio de la persecución penal, está a cargo de órganos administrativos.



-Con la legislación comparada

Existe un vínculo marcado con esta disciplina, debido a que el derecho penal estudia, analiza y compara las legislaciones de diversos países para reformar y actualizar su legislación penal interna, adoptando e integrando aquellas leyes o instituciones que el legislador estima convenientes para lograr una adecuación efectiva de la ley con las exigencias que impone el desarrollo evolutivo de las sociedades.

1.9. La ley penal

1.9.1. Concepto

El derecho penal objetivo, interpretado como un conjunto de normas jurídicas penales que integran el sistema penal, está conforma por 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, así como lo relativo a las medidas de seguridad y su aplicación. Dicho de otra manera, las leyes penales son la sustanciación del derecho penal material; y es allí donde se asienta su valor, debido a que es precisamente la ley la única fuente directa que reconoce el derecho penal.



“En el lenguaje jurídico normalmente se emplean los términos ley penal y norma penal con idéntico significado. No fue así a partir de Carlos Binding, cuando se hizo evidente su diverso contenido conceptual, al destacarse el hecho de que el hombre, al realizar la hipótesis legislada, no viola o infringe la ley penal: su conducta y en todo caso la consecuencia de ésta, llena el cuadro descriptivo del precepto jurídico. Existe por ello no una infracción a la ley penal, sino una conformidad con la misma, contrariándose el viejo concepto expresado por Carrara sobre el delito.

La anterior observación llevó a Binding a sostener que las acciones de los hombres no violan las leyes penales sino las normas jurídicas con vidas anteriores y ubicadas por encima y detrás de aquéllas. Estas normas son verdaderos imperativos, mandatos de obrar o prohibiciones de abstenerse originadas en el derecho en general y cuya garantía corresponde como tarea al ordenamiento penal. Lo anterior constituye el fundamento del carácter sancionador del derecho penal, pues las normas son creadas por distintas ramas del derecho, en especial del conocido como derecho público, normas en algunos casos elevadas a la categoría de leyes penales al serles designadas una pena. En consecuencia, quien viola la norma jurídica está colocando su acción, desde un punto de vista material, contra el derecho y por tal razón se dice que su conducta es ilícita, antijurídica. Así, quien mata a otro, realiza un hecho que encuadra o se ajusta a la descripción del delito de homicidio [...] y al mismo tiempo viola la norma jurídica que prohíbe matar; quien se apodera de una cosa ajena, mueble, sin derecho y sin consentimiento del que puede disponer de ella conforme a la ley, viola la norma [...] prohibitiva del robo, etcétera. Por ello Jiménez de Asúa, al reseñar la



teoría de Binding, recalca el hecho de que la ley penal no crea las normas sino las garantiza.”¹¹

1.8.2. Definición

La ley penal es la expresión de la voluntad de la autoridad investida con la potestad legislativa, es decir de la facultad de creación de leyes (en el caso de Guatemala, el Congreso de la República, según al Artículo 161, literal e) de la Constitución Política de la República), la cual es plasmada y oficializada por medio de normas jurídico penales. Por consiguiente la ley penal puede definirse como el conjunto de normas jurídico penales positivas que determinan los delitos y las faltas, y que regulan todo lo referente a las penas y las medidas de seguridad que deben aplicarse a los responsables de la comisión de conductas prohibidas y punibles.

“La definición de la ley penal se identifica con la definición del derecho penal; sin embargo, se diferencian entre ellas sustancialmente pues la ley penal es las disposiciones con carácter de generalidad por las cuales el Estado crea derecho, definiendo los delitos y estableciendo las penas correspondientes a los mismos”¹²; Así apuntillan en que la ley penal es una norma de carácter general que asocia una sanción a una conducta prohibida por ella.

¹¹ http://raulplascencia.com/rpv/Docencia/Espacio_Acad%C3%A9mico/Teor%C3%ADa_del_Delito. Plascencia, Raúl. **Teoría del delito**. Consulta electrónica: 27-05-2014.

¹² De León Velasco y De Mata Vela. **Ob. cit.**, pág. 72.



Las normas penales, en su estructura base están compuestas por un presupuesto, es decir la descripción de una conducta delictiva, tipificándola de este modo como penalmente prohibida, así como de una consecuencia, la que está prevista para el caso que se realice o se cumpla ese presupuesto; o sea la sanción penal. Es esto en donde radica su particularidad por tanto el precepto pierde su sentido sin la sanción, conformando precepto y sanción un todo: La norma jurídica penal. Es de este modo que se crea un sistema que tiene que ver con un proceso psicológico basado en una relativa intimidación y represión del actuar de las personas con el objeto de proteger la convivencia social.

1.9.3. Las fuentes del derecho penal

Las fuentes podemos conceptualizarlas como un manantial de donde brota algo, un punto de partida; el inicio, de donde emana o se produce el derecho.

- Fuentes reales o materiales

Se fundamentan en la realidad social del ser humano y por ende de los pueblos; se refiere puntualmente a las expresiones humanas, los hechos naturales o los actos sociales que determinan el contenido de la norma jurídico penal. es decir, expresiones y manifestaciones socio naturales previas a la formación de una ley penal.



- Fuentes formales

Se refiere a los procesos jurídicamente estatuidos para la creación de la norma penal, y a los órganos, dentro de cuyas atribuciones, está el llevar a cabo formalmente dichos procesos. En Guatemala corresponde al Congreso de la República la creación de la ley. Artículo 171, literal a) de la Constitución Política de la República de Guatemala.

- Fuentes directas

Son fuentes que por sí solas crean normas jurídicas con carácter obligatorio, de ellas emana directamente el derecho penal, puesto que solo ésta tiene la fuerza y la virtud necesaria para crear figuras delictivas y las penas o medidas de seguridad correspondientes; la ley es la única fuente directa del derecho penal. Artículo 1 del Código Penal. Las fuentes directas se dividen en:

- Fuentes directas de producción

Están constituidas por el poder que dicta las normas jurídicas y les otorga el carácter de obligatorias, que no es más que el Estado, por medio del Organismo Legislativo.



- Fuentes directas de cognición

Están integradas por las manifestaciones de la voluntad estatal, es decir, la expresión de la voluntad del legislador, contenida en los cuerpos legales; la fuente de conocimiento que es precisamente el Código Penal y las leyes penales especiales.

- Fuentes indirectas

Las fuentes indirectas tienen lugar básicamente en la proyección de nuevas normas jurídico penales, e incluso llegan a tener cierta utilidad tanto en la interpretación como en la sanción de la ley penal, pero siendo que por sí solas carecen de eficacia jurídica para revestir de obligatoriedad una norma jurídica no pueden ser fuente directa de derecho penal; la costumbre, la jurisprudencia, la doctrina y los principios generales del derecho conforman dichas fuentes Indirectas.

- La costumbre

Es un uso implantado y reiterado en una colectividad y considerado por ésta, como jurídicamente obligatorio, es el derecho nacido consuetudinariamente. No es más que un conjunto de normas jurídicas no escritas e impuestas por el uso.



- Jurisprudencia

Consiste en la doctrina legal emanada del órgano jurisdiccional competente, en cuanto a la reiteración de fallos contestes en un mismo sentido.

- Doctrina

Es el conocimiento producido; el conjunto de investigaciones, opiniones y teorías de una materia específica que realizan los estudiosos y/o académicos; en este caso los juristas.

- Principios generales del derecho

Son los valores máximos o axiomas a que aspiran las ciencias jurídicas, a decir: la justicia, la equidad y el bien común.

1.9.4. Características de la ley penal

- Generalidad

La ley está ideada, creada y destinada a ser aplicada a toda persona que se encuentran dentro de su ámbito espacial y temporal de validez, es decir, surge para toda la



colectividad. En el caso de Guatemala, el ámbito de aplicación de la ley penal tiene comprende todo el territorio de la república y algunos otros casos especiales, tal y como lo prescriben los Artículos 4 y 5 del Código Penal.

- Obligatoriedad

En virtud que debe ser, como la ley en general, observada y acatada por todas las personas, pues es a través de la observancia obligatoria de la ley penal que se protegen los bienes jurídicos tutelados por el estado, con el objeto de mantener y restaurar la convivencia pacífica dentro del grupo social.

- Igualdad

Partiendo de la idea que la ley penal está dirigida a la generalidad y que esa generalidad está conminada a su observancia en forma obligatoria, así su cumplimiento es igualitario para todas las personas sin distinción alguna, basado en el entendimiento que ante la ley, todas las personas son iguales en dignidad y derechos, con excepción, claro del antejudio y la inmunidad.



- Exclusividad

Esta característica deviene básicamente del principio de legalidad **nullum crimen nulla poena sine lege**, ya que únicamente la ley penal puede crear delitos y establecer las penas y medidas de seguridad para los mismos (Artículos 1 y 7 del Código Penal); cumpliendo además, una función de advertencia, pues constituye un aviso directo a todas las personas de las consecuencias jurídicas que tendrían lugar por el encuadramiento de su conducta con un tipo penal; y una función de garantía, al establecer sólo qué conductas están prohibidas penalmente, dando así a las personas la certeza jurídica de que no se verán afectados en sus derechos, por el cumplimiento de una pena, si no se realiza ninguna de esas conductas.

- Permanencia e ineludibilidad

La característica de permanencia tiene lugar pues la ley penal se mantiene vigente en el tiempo y en el espacio, desde el inicio de su vigencia y hasta su derogación (abolir parcialmente una ley) o abrogación (abolir totalmente una ley) por una ley posterior; y mientras ésta permanezca vigente debe ser ineludible para todas las personas que se encuentren dentro de su ámbito de aplicación, es decir que nadie se encuentra exento de su observancia obligatoria, salvo los casos, desde luego; de extractividad, inmunidad o derecho de antejuicio.



- Imperatividad

Puesto que la ley penal contiene generalmente prohibiciones o mandatos creados para ser cumplidos forzosamente, coartando de esta manera, dentro de su ámbito, la voluntad de las personas, y amenazando en caso de no obedecer con de la imposición de una pena. El estado actúa desde una posición de poder frente a los particulares, con el objeto de hacer efectivas sus disposiciones legales de control social.

- Sancionadora

Esta característica distingue realmente a la ley penal de otro tipo de leyes, debido a la pena que ésta contempla e instituye en sus cuerpos legales, no obstante que otras leyes también sancionan las infracciones a sus normas. Asimismo, actualmente no solo se contempla la pena, sino además regula las medidas de seguridad, con el objeto de alcanzar sus fines de prevenir el delito y rehabilitar al delincuente. Por consiguiente se concluye que la ley penal es fundamentalmente sancionadora, lo que la diferencia de las leyes civiles, mercantiles, etc.

- Constitucional

Al referirse a su fundamento constitucional, cabe mencionar que ésta característica no es específica de la ley penal, sino de todas las leyes, pues es en la Carta Magna,



situada en la cúspide de la legislación interna del Estado, que se instituye los principios, valores y normas jurídicas que organizan jurídica y políticamente el Estado, o sea que a partir de sus disposiciones, se van a originar necesariamente todos los lineamientos de actuación y de decisión de políticas públicas. En ese sentido, teniendo claro que el ius puniendi se encuentra fundamentado y regulado en el mandato constitucional, toda disposición de tipo penal que lo contrarie será nula ipso iure.

1.9.5. Estructura de la ley penal

Las leyes penales se conforman normalmente de dos elementos:

- El precepto o supuesto de hecho, que define las conductas punibles, (el tipo penal), es decir, el delito y en algunos casos las circunstancias de peligrosidad del autor; y
- La sanción; las consecuencias jurídicas de la comisión del supuesto jurídico tipificado (la pena).

Las leyes penales que contienen el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica se llaman leyes completas.



- Ley penal en blanco

Las leyes penales en blanco son aquellas en que se establece una consecuencia jurídica (pena) pero no incluye en sí, la descripción de la conducta penalmente prohibida, es decir, no contiene el tipo penal, por lo que debe buscarse en una ley distinta la figura delictiva que se está castigando.

- Ley penal incompleta

Las leyes penales en blanco o abiertas por el contrario, no presentan la necesidad de auxiliarse de otras leyes. Concretamente, en este caso, se hace necesaria una interpretación extensiva de la ley, pues resultan deficientes o limitadas en su descripción penal y no expresan plenamente lo que el legislador quiso plasmar. Asimismo, éstas difieren con las lagunas legales, puesto que en estas últimas no existe ninguna norma legal que regule determinado tipo de conducta.

1.9.6. Especies de la ley penal

- Ley penal formal

Una ley penal de tipo formal es la promulgada por el órgano jurídicamente facultado para llevar a cabo el proceso de creación de la ley; es decir por quien tiene,



constitucionalmente la potestad para legislar y, por consiguiente, para crear leyes de tipo penal. Puede citarse como claro ejemplo de ley penal formal el Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala.

- La Ley penal material

En contraposición con las leyes penales formales, las leyes penales de tipo material son todas aquellas disposiciones o preceptos de carácter general acompañados de una sanción punitiva, que no ha emanado precisamente del órgano constitucionalmente facultado para la creación de las leyes. Un ejemplo de este caso serían los Decretos-Leyes que han sido emitidos para gobernar durante un estado de hecho, en el cual se carece de un órgano plenamente establecido para la función legislativa.

- Las leyes penales especiales

Se refiere a todas las leyes jurídico penales que no están contenidas precisamente en el Código Penal, regulan la conducta de personas pertenecientes a cierto fuero o categoría determinada o bien, tutelan bienes o valor jurídicos específicos; por ejemplo: El Código Penal Militar.



- Convenios internacionales

Son acuerdo o tratados suscritos entre dos o más Estados, que contienen normas de tipo jurídico penal, y que se convierten en leyes obligatorias para las que se encuentran en los territorios de los Estados parte (en el caso concreto de Guatemala, previa ratificación por parte del Congreso de la República).

- Decretos leyes

Constituidos por normas jurídicas que emanan, con carácter de leyes del Organismo Ejecutivo, cuando por cualquier razón no se encuentra reunido o no existe órgano encargado del proceso legislativo.





CAPÍTULO II

2. Evolución histórica de las ideas penales

La evolución del derecho penal no es lineal ni mucho menos, su mutación ha sido en forma constante, aunque ciertos aspectos o tendencias de épocas distintas se hallan esbozados o repetidos en etapas posteriores. Esto quiere decir, que aquellas tendencias punitivas que se creían superadas, frecuentemente vuelven a presentarse, sólo que cambiando su apariencia. No obstante, pueden delinearse cinco etapas del derecho penal (venganza privada, venganza divina, venganza pública, período humanitario y época científica), hasta la etapa actual, la que algunos autores han denominan como de la crisis del derecho penal.

Sobre ese extremo, se sustenta la importancia del conocimiento de los orígenes y la evolución de los conceptos e ideas penales, lo que sucede paralelamente al desarrollo de las sociedades del mundo, pues es preciso escudriñar en el devenir histórico para una lograr una mayor comprensión del momento actual del derecho penal, las políticas públicas de prevención y reacción frente a la criminalidad y las tendencias jurídico penales y doctrinarias, en respuesta al reto científico que conlleva la constante renovación del derecho en general y la respectiva aportación, que como estudiosos del derecho, debemos a dicha disciplina científica.



Respecto del origen del derecho penal, han señalado los estudiosos, que el delito ha existido desde la aparición de la humanidad sobre la tierra, y la forma de combatirlo o simplemente de castigar esa conducta dañina al grupo social, también. En una época primitiva no puede hacerse referencia propiamente a la existencia de un derecho penal como tal; existía **la venganza**, que consistía en una consecuencia o la respuesta a una conducta que afectaba al grupo social, una institución análoga a la pena, pero sin un ordenamiento jurídico establecido. Así, se dice también que esta venganza debió ser la primera manifestación de la justicia penal, aunque cabe mencionar que esta reacción ya sea individual o llevada a cabo por un grupo familiar contra otro, era primitivamente arbitraria, sangrienta y desmedida, y no es, sino hasta que el grupo social empieza a pronunciarse a favor de la persona o grupo vengador, reconociendo la legitimidad de su reacción que puede hablarse de la venganza como un equivalente a la pena.

“Sigmund Freud sostiene que el origen del delito se remonta al tabú, que es una prohibición de usar o tocar una cosa o de realizar una conducta cuya infracción tiene como consecuencia un castigo automático y objetivo. Esta sanción se apoya en cierta sanción mágico-religiosa. El fin del delito es la expiación del delincuente.”¹³

¹³ http://www.avizora.com/publicaciones/derecho/archivos_varios/historia_derecho_penal_representantes.pdf.
Quisbert, Ermo. **Historia del derecho penal a través de las escuelas penales y sus representantes**. Consulta electrónica: 28-06-2014.



2.1. Venganza privada

Esta etapa también es conocida como época bárbara. Básicamente no se buscaba sancionar conductas prohibidas, sino más bien se caracterizaba por una forma arbitraria e instintiva de infligir un castigo por parte de las personas o familias ofendidas a aquél que había causado un daño; vengándose, mediante la imposición de penas bárbaras y, en ocasiones sanguinarias, totalmente desproporcionadas con el daño ocasionado.

- Venganza de sangre

Existía, como pena, la venganza de la sangre, que consistía en dar muerte del ofensor o algún otro miembro de su clan a manos del clan ofendido. En un principio, generalmente acontecía como consecuencia de la comisión de delitos de homicidio y lesiones, denominados como de sangre, extendiéndose a la postre, a toda clase de delitos. En la cultura germana, esta forma de venganza era denominada como **blutrache**.

- La expulsión de la paz

La otra forma de castigo era la expulsión o pérdida de la paz, que consistía en el destierro que sufría un individuo por haber transgredido las reglas propias de su clan o tribu, prácticamente estaba condenado a muerte o a esclavitud, pues quedaba a



expensas del exilio, sin la protección alguna por parte de su grupo social. Como se mencionó anteriormente, este constituye un mero antecedente histórico del derecho penal, ya que no se contaba con un ordenamiento jurídico como tal.

- Ley del talión

Ante la necesidad de tratar de establecer ciertos límites a la sed de venganza de las personas, que la mayoría de veces era sanguinaria y desmedida, surge la famosa **lex talionis** o Ley del talión, que resumidamente pregonaba: **lo de ojo por ojo, diente por diente y la sangre por la sangre**. El término talión se deriva del latín **talis** o **tale** que significa idéntico o semejante. Ésta, era un tipo de venganza privada normada en cierto grado, que consistía en hacer sufrir al individuo, un daño igual al que ocasionó. Ya en Israel se aplicaba la ley talional, aunque no constituía una pena en sí misma, sino un simple medio de castigo.

- La Composición

Con el objeto de limitar de cierto modo la venganza surge otra figura determinante en la evolución de las ideas penales, conocida como sistema de composiciones; por medio de la cual el ofensor podía pagar para que no se le aplicara la sanción, resultado de la venganza. Del latín **componere**: componer, conciliar; éste en sí, era un método de solución de conflictos.



2.2. Venganza divina

En esta etapa el derecho de castigar (*ius puniendi*) proviene de la divinidad y el delito constituye una ofensa a ésta. Un daño causado era conceptualizado como pecado, es decir que la persona que causaba un daño dentro del grupo social estaba transgrediendo la ley divina. Es así, como dicho transgresor debía cumplir la pena que imponía la divinidad, por conducto de la autoridad correspondiente (clase sacerdotal), con el fin de expiar sus pecados (daño).

- China

El mayor avance aportado por China, fue la conceptualización de la intencionalidad y los móviles del delito, los cuales eran conceptos que ya se distinguían como tal. La amputación de la nariz y orejas, obturación de los orificios corporales y la muerte eran algunas de las penas aplicadas en este período.

- Babilonia

El Código de Hammurabi es el más antiguo del que se tiene conocimiento, éste data aproximadamente de 1950 a.c. Según la leyenda Hammurabi, rey de Babilonia lo recibió del dios del Sol. No obstante este código, como una excepción a los códigos primitivos, no contiene preceptos sagrados o religiosos.



En él se establecía la protección del rey sobre sus súbditos, extendida a todos los bienes, marcando el carácter público del derecho penal. Respecto del delito, distinguía entre voluntad, imprudencia y caso fortuito. En cuanto a la pena, la venganza era casi desconocida; la figura que más se encontraba regulada era el talión y excepcionalmente era impersonal. Por ejemplo: Si un arquitecto construía mal una casa que al hundirse mataba al hijo del dueño, el hijo del arquitecto debía morir.

- Israel

En el caso de Israel, se trataba de un derecho penal con denotado influjo religioso, el derecho de imponer una pena se daba por delegación divina, el delito constituía una ofensa a **Yahvéh** y a través de la pena, se buscaba la intimidación y expiación. El talión era la medida para imponer el castigo. Las leyes mosaicas pueden percibirse en los primeros cinco libros de la Biblia. En esta época, aún se prevé la venganza privada para el homicidio doloso: El vengador de sangre podía matar al homicida cuando le encontrare, pero el que mató a otro sin intención, tenía la posibilidad de huir a las **ciudades de refugio** y morar allí, donde el vengador no podía tocarlo.

Se reconocía la igualdad ante la ley, entre las instituciones de Israel. Se distinguía entre delitos contra Dios, como blasfemia, idolatría o falsa profecía; delitos contra los semejantes, como homicidio, lesiones, etc.; delitos contra la honestidad, como incesto, violación, adulterio de la mujer; delitos contra la propiedad y delitos de falsedad. Con el Talmud se atenuó considerablemente la dureza de la legislación mosaica.



- Egipto

En la legislación egipcia el delito acuñaba un carácter religioso. El derecho, la magia y la religión se confundían dentro del llamado **derecho de los muertos**, el cual consistía en una especie de diario donde se apuntaba todo lo malo y lo bueno que había hecho en vida el difunto. Constituía una forma de condena. Por medio del Edicto de Har-em-hab del siglo XV a. C. se establece que los abusos de los criados podrían ser sancionados, sin embargo no se definía ninguna clase de penas a imponer. Respecto de los delitos, algunos de estos, como el caso del robo se castigaban con penas corporales; por ejemplo: la extracción de los incisivos al delincuente. Ya se encontraban tipificadas, tanto la figura del cohecho, como el pillaje.

- India

En el Código o Leyes de Manu (Manava-Dharma-Sastra) se halla contenida la legislación de la India antigua. La fecha de este cuerpo normativo es muy controvertida, pues algunos la sitúan en el siglo XIII a.C. y otros en el siglo V a.C. En la legislación de esta época, aún había cierta confusión entre pecado y delito, por lo que la pena tenía un carácter expiatorio o purificador. En Brahma recaía la potestad de castigar, y era el rey, por delegación, el encargado de imponer el castigo. Las penas diferían según la casta a la que perteneciese el ofensor; así, en concepto de multas, éstas aumentaban con el rango social de la persona, al tiempo que las penas corporales se reservaban



para los de bajo status. El Código de Manu desconocía el talión, pero se distinguía ya entre dolo, culpa y caso fortuito.

2.3. Venganza pública

Con el establecimiento de las monarquías, nace la venganza pública y tiene dos etapas: La etapa legendaria y la etapa histórica. La venganza pública era la potestad de imponer penas al autor de un delito, que ahora recaía en el poder público, y ya no en los ofendidos, individualmente comprendidos, con lo cual se desvanece el carácter ostensiblemente privado del derecho penal anterior. Es el rey quien tenía derecho a juzgar los delitos públicos. El castigo constituía un mecanismo de defensa para la colectividad, pues quien comete una infracción lo hace, no solo contra el agraviado, sino contra todo el conglomerado social. El daño que se causa constituye, propiamente un delito y la venganza posterior, es ya, un castigo legitimado. En esta etapa, el objeto de la pena no busca sino la intimidación.

- Grecia

“Grecia, conformada por varias ciudades, como Licurgo en Esparta (siglo XI a.C.) Sotón (siglo VIII) y Dracón (siglo VI) en Atenas, Zaleuco (siglo VII) en Locris, Crotona y Sibaris, Cronda (siglo VII) en Catania, sancionaron la venganza privada.... Se distinguió



ya entre delitos públicos y privados, señalando un progreso que Roma habría de recoger.”¹⁴

En esta etapa, llamada legendaria, el derecho penal aún guardaba cierto tinte religioso; **las polis** dictaban las leyes, por delegación del dios Júpiter. Se creía que el delito deviene por destino y el cumplimiento del castigo era obligatorio en virtud de su divinidad.

“Los filósofos, principalmente Platón y Aristóteles, penetraron hasta el fin científico de la pena, anticipándose a la moderna penología; así Platón sentó que si el delito es una enfermedad, la pena es “una medicina del alma”, y Aristóteles que “el dolor infligido por la pena debe ser tal que sea contrario en su grado máximo a la voluptuosidad deseada”, con lo que se anticipó al correccionalismo.”¹⁵

En la etapa histórica, se dan dos aspectos elementales respecto de las instituciones jurídicas. Se debe a la cultura griega primero, la reducción del poder político fundamentado en bases teocráticas a un poder humano y la valorización gradual de la persona y segundo, se constituye ya, un derecho penal laico, basado en el derecho natural. El aspecto más trascendental para la evolución ulterior del derecho penal fue el hecho de pasar de la responsabilidad colectiva del gens a la responsabilidad individual; ya que fueron muchas las ofensas, en general de carácter público y religioso, para las

¹⁴ López Guardiola, Samantha. **Derecho penal I**. Pág. 19.

¹⁵ *Ibíd.* Pág. 19



que se mantuvieron sanciones colectivas, como el caso de los traidores y tiranos que sucumbían junto con toda su familia.

- Roma

Sus orígenes tienen un marcado carácter religioso. A partir de las XII Tablas se establece una diferencia entre delito y pecado; así como una distinción entre delitos privados y delitos públicos, aunque éstos últimos (*los crimina publica*) fueron tomando cada vez mayor preeminencia sobre aquellos, con lo cual se fue estableciendo el nuevo carácter público del derecho penal. Sin embargo, la venganza privada aún era admitida como pena, por medio de la institución del **pater familias**, que contaba con el derecho de infligir castigos hasta la muerte a los que estaban sujetos a su potestad, pero únicamente sobre delitos privados.

Posteriormente la pena tomó carácter público a través de la ejecución del culpable y del pago obligatorio. Se reafirmó la diferenciación entre dolo y culpa, no obstante que se daba una marcada preeminencia a los delitos dolosos. En la legislación romana ya se establecía como tal, una delimitación entre autor, cómplice e instigador y se reconocieron causas de justificación como la legítima defensa, el estado de necesidad o el cumplimiento de órdenes o deberes.



Caída la monarquía, se reduce el carácter expiatorio de la pena y se va llegando al monopolio represivo en manos del poder público, por lo que las penas, en cierto grado, disminuyen en su severidad.

De las bases romanas surgieron muchos de los principios retomados por las Escuelas Clásica y Positivista; por mencionar algunos: lo que se refiere a la tentativa, las causas de justificación, sobre los incapaces, etc. **Delictum, poena, carcer, crimen, supplitium, injuria, damnum, furtum** son algunos de los vocablos que aún hoy se utilizan, y cuya creación se debe a la cultura romana.

- Derecho germánico

En el derecho penal germánico se caracterizaba por ser objetivo y privado; aún tenía lugar la venganza de la sangre, el cual era un deber; aunque también consideraba la composición, por contrato entre ofensor y ofendido, así como con intervención de autoridad, a través del pago de una multa, y en última instancia, como pena más grave, la expulsión de la paz; lo que significaba una total desprotección jurídica, pues quien lesionaba la paz, debía perder la misma, alcanzando inclusive el patrimonio del ofensor.

Dentro de la misma legislación penal se reconocía un poder punitivo, cuyo ejercicio recaía en el jefe de familia, el cual contaba con la potestad incluso, de expulsar al miembro indigno. Había también un derecho penal para las personas libres y otro, dirigido a los siervos, quienes tenían la calidad de cosas y podían ser castigados



conforme al derecho interno de la casa o familia, cuando cometían faltas al interior de las mismas.

La responsabilidad se establecía por el resultado, determinado por el estado psicológico del auto. Se establecía ya, una más clara diferenciación entre dolo, culpa y delito fortuito.

Con el transcurso del tiempo y con el objetivo de evitar las consecuencias negativas ocasionadas con el sistema de las venganzas privadas, la composición fue tomando mayor relevancia en cuanto a su aplicación, hasta volverse obligatoria, salvo para ciertos conductas delictivas, como el caso del delito de traición, el delito contra el culto, etc. El derecho penal germánico fue abandonando paulatinamente su carácter privado, para tomar la pena carácter público, lo que fue favorecido sobre todo por la conversión de los germanos al cristianismo, es decir, pasaron del derecho romano como influencia principal, a un derecho penal menos violento, lo que hizo que las penas se fueran humanizando, con un trato más racional.

- Derecho canónico

El derecho penal canónico se fundamenta en un poder punitivo por delegación divina; la persecución y represión de los delincuentes tenía como fin, la enmienda del reo mediante la penitencia. El influjo de la iglesia católica sobre el derecho penal se constituyó a través de la jurisdicción que ésta tenía sobre los laicos, fundamentalmente



en la edad media, alcanzando su punto más álgido con la regulación legal de la inquisición por el Papa Inocencio III.

En el derecho canónico se confundía los conceptos de pecado y delito, concibiendo al segundo como una ofensa a Dios; la venganza divina tenía por objeto la expiación y penitencia y la retribución a través de la pena. Se sustituyó el sistema acusatorio por el inquisitivo para el juzgamiento de las personas, considerándose la confesión como **la reina de las pruebas**. En esta etapa del derecho penal se distinguía claramente entre dolo y culpa; se reconocían causas de inculpabilidad como la ignorancia, el error de hecho sobre los elementos esenciales del delito y la violencia moral. Asimismo se admitía como causas eximentes de penas: la defensa necesaria, el estado de necesidad, la violencia física y el mandato superior.

Se dice que el derecho canónico representa el eslabón entre el derecho romano y el derecho penal moderno. “La Iglesia -destaca Jiménez de Asúa- fue quien encarnó la norma romana en Occidente y civilizó la práctica brutal germánica. En sus comienzos, el derecho penal canónico fue disciplinario, pero poco a poco fue extendiendo su jurisdicción a otros sujetos, por razón de personas o por razón de materias. Por razón de personas, llegó a juzgarse al clérigo en tribunal eclesiástico, aún si se trataba de un crimen común; y por razón de materias, los delitos podían ser de tres tipos: **delicta eclesiastica** (la Iglesia impone una poenitentia), **delicta mere secularia** (juzgados por el po-der laico) y **delicta mixta** (que involucran un bien jurídico laico y eclesiástico). En



el primer y tercer caso son juzgados eclesiásticamente, aunque la pena siempre la aplica el brazo secular.

Según Vidal y Saleilles, el derecho canónico influyó en la humanización de la justicia penal, orientándola hacia la reforma moral del delincuente, la preferencia del perdón sobre la venganza, la redención por medio del pecado, la caridad y la fraternidad; la “tregua de Dios” y el “derecho de asilo” limitaron la venganza privada señoreando al Estado sobre la comunidad; San Pablo había escrito a los romanos: “coloca la espada de la justicia en manos de la autoridad”. Iglesia abhorret a sanguine; no ha de derramarse la sangre humana.”¹⁶

2.4. Período humanitario

El derecho penal como se expuso, se caracterizaba por su crueldad. Sin embargo a partir del siglo XVIII, se inician ciertas trasmutaciones importantes en esta ciencia, intentando, como nunca habíase hecho, adaptar sus lineamientos a la realidad social y política de ese entonces. Es en esta etapa que el derecho penal se separa de una manera evidente, de los dogmas religiosos y más que nada, se trata de aceptar la razón como guía del conocimiento, obedeciendo y encuadrando la actuación punitiva del Estado al **contrato social**. Esto como consecuencia de todo el movimiento filosófico que se origina con el Renacimiento y que se plasma políticamente con la Revolución francesa que abole las prácticas medievales con su **Déclaration des droits del**

¹⁶ López Guardiola, Samantha. **Ob. Cit.** Pág. 20.



l'homme et du citoyen, la cual consignaba que las leyes no tienen el derecho de prohibir más que las acciones nocivas a la sociedad. A partir de aquí, el derecho empieza a forjar sus nuevas bases a partir del surgimiento del principio de la igualdad de las personas ante la ley, el principio de legalidad y demás principios filosóficos; así como las garantías procesales de juez natural y del estado de inocencia y el derecho a ser oído en un proceso establecido. Se suprime también la tortura y se establece la guillotina como una pena capital sin dolor.

Toda esa revolución filosófica dio origen a la denominada **Ilustración** o **Iluminismo** con pensadores y autores como Hobbes, Spinoza y Locke, con Grocio, Bacon, Pufendorf y Wolff, con Reoussesau, Diderot, D'Alembert, Montesquieu y Voltaire. Destacan, fundamentalmente, las obras de Montesquieu **El espíritu de las leyes**, Voltaire **Sobre la tolerancia** y **El contrato social** de Rousseau, en las que se aborda y reconviene la excesiva crueldad de las penas y lo irregular de los procesos, señalándose, como fundamento de la pena, el contrato social.

- Cesare Bonnesana

Posteriormente aparece Cesare Bonnesana, Marqués de Beccaria, con su tratado **Dei delitti e delle pene** (Del delito y de las penas, Livorno 1764), desarrollando ciertos postulados que desaprobaban tajantemente el derecho penal que se caracterizaba por el absolutismo, la arbitrariedad procesal imperante, la interpretación analógica que



realizaban los jueces, el uso de la tortura, el carácter irracional de las penas aplicadas y la pena de muerte.

Este criminólogo italiano proponía así, la separación de poderes: las funciones de legislar, la ejecución de las leyes penales y la resolución de los conflictos que surgieren de dicha ejecución no debía de reunirse en las mismas manos; con el fin de desarraigar la concentración de poder y el autoritarismo. Planteaba la proporcionalidad entre el delito cometido y la pena a imponerse, y la afección social como criterio fundamental para equiparar la gravedad del delito. Convenía en la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley penal, en el principio de legalidad de los delitos y las penas, del cual, consecuentemente, se derivaba el principio de la prohibición a la interpretación judicial, para evitar cualquier arbitrariedad procesal, ajustándose únicamente a lo establecido por el legislador. Formulaba también la publicidad de la justicia penal, mediante la aplicación de un sistema acusatorio, caracterizado por la publicidad y el respeto por el debido proceso.

En cuanto al rechazo de la pena de muerte, se fundamentaba en que era injusta, innecesaria e ineficaz, y que únicamente debía ser viable en los casos en que la nación hubiere de recobrar la libertad en tiempos de anarquía.



- John Howard

“De manera simultánea, con Beccaria, John Howard, en Inglaterra tras haber estado privado de la libertad, dedicó su existencia a hacer lo que se ha llamado la “geografía del dolor”: a inspeccionar y describir las prisiones inglesas, primero, las continentales, después, promoviendo un movimiento de estupor y de vergüenza que dio origen a la escuela clásica penitenciaria. La obra de Howard es recogida en su libro Estudio de las prisiones en Inglaterra, en Gales y en Europa (Londres, 1777). La muerte del filántropo cuando visitaba las prisiones de Crimea, en Cherson (1790) conmovió profundamente a su tiempo, pero fue la obra de Howard lo que dio nacimiento a la moderna penología.”¹⁷

Todo ese grueso compendio de obras de los importantes autores mencionados, forjaron las bases de lo que se constituiría como la escuela clásica del derecho penal, la cual tuvo fundamental influencia en Europa.

2.5. Las escuelas penales y el período científico

El período científico de las ideas y conceptos penales puede considerarse como tal, a partir de los procesos de sistematización llevados a cabo por Francesco Carrara y demás juristas pertenecientes a la llamada corriente de la escuela clásica, ya que es por medio de dicha sistematización, que empieza a considerársele al derecho penal

¹⁷ Ibíd. Pág. 21



como una disciplina única, general e independiente, cuyo objetivo era el estudio del delito y de la pena, desde un punto de vista rigurosamente jurídico-científico. “En esta etapa, el delincuente es el objeto de la máxima preocupación científica de la justicia. El delito es una manifestación de la personalidad del delincuente y hay que readaptar a éste a la sociedad corrigiendo sus inclinaciones viciosas. Tal corrección es el pivote sobre el cual gira este nuevo período. La pena como sufrimiento carece de sentido; lo que importa es su eficacia, dado aquel fin. Las ciencias criminológicas vinieron a iluminar el problema hasta su fondo y a caracterizar el nuevo período en el que la personalidad compleja del sujeto es lo que se destaca en el primer término del panorama penal.”¹⁸

- Escuela Clásica

Como se dijo anteriormente, fue con las escuelas penales que se inició de manera más metódica el estudio de la cuestión criminal; estas escuelas florecieron principalmente en Italia. La escuela clásica fue la primera en surgir (aunque, cabe mencionar que esta escuela no existió como tal, sino que fue un término utilizado por Enrico Ferri, que principió a denominar **clásicos** a los juristas prepositivistas y posteriores a Beccaria, haciendo alusión a que dicha corriente era antigua). Los principales exponentes de esta escuela fueron los juristas Francisco Romagnosi, Hegel, Rossi y Carminagni. Esta

¹⁸ <http://www.poderjudicialmichoacan.gob.mx/tribunalm/biblioteca/almadelia/Cap1.htm>, Marquez Valencia, Alma Delia. **La necesidad de contemplar los delitos informáticos en el código penal del estado de Michoacán.** Consulta electrónica: 01-07-2014.



corriente iusfilosófica siguió el método deductivo (ir de lo general a lo particular) también denominado método especulativo, lógico abstracto, teleológico o finalista.

La base filosófica de la escuela clásica fue el derecho natural y la razón práctica, mostrándose como una reacción contra la barbarie que el derecho penal representaba y que aún seguía vigente; procuró la humanización de sus preceptos, por medio del respeto a la ley, del reconocimiento de garantías individuales y de la limitación al poder absoluto del Estado. Entre sus postulados, los precursores de esta escuela consideraban que cada individuo tiene la capacidad de discernir entre el bien o el mal, es decir, el libre albedrío para decidir sobre delinquir o no, negando tajantemente el factor genético de alguien que delinque, pues concebían al delito como una cuestión determinada por el entorno social en que se desenvuelve el individuo. Consideraba fuera del derecho y consecuentemente inimputables a los que carecen de libre albedrío, como el caso de los niños y los locos.

“En esta escuela se origina uno de los conceptos más profundos y que mayor impacto ha causado en la historia del derecho penal de Francesco Carrara, quien fuese máximo exponente de la escuela clásica, que señalaba que “delito es la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso... “a) Distingue el delito de otras infracciones no jurídicas (morales o religiosas). b) El delito sólo se produce por violación a la ley. c) El pensamiento no produce



consecuencias en el mundo jurídico. d) Considera que la inactividad, en ocasiones puede producir delito. e) Las penas deben fundarse en criterios jurídicos”.¹⁹

Siguiendo con los postulados, se establecía asimismo:

e) El absoluto respeto al principio de legalidad. Se parte de los principios nulla poena sine lege, nullum crimen sine lege y nulla poena sine crimen (no puede aplicarse pena que no esté regulada en ninguna ley, no existe delito sin ley que lo especifique, no debe aplicarse pena si no se ha cometido un delito).

f) El delito no constituye un ente de hecho, sino más bien un ente jurídico, es decir, una infracción a la ley penal. El derecho penal debe enfocarse en el delito, como hecho objetivo y no el delincuente, hecho subjetivo.

g) La pena debe ser retributiva y además proporcional, como una consecuencia del delito cometido y el daño causado por el delincuente a la sociedad. Las penas deben reunir los requisitos de publicidad, certeza, prontitud, fraccionabilidad y reparabilidad, y en cuanto a su ejecución, cumplir con el deber de ser correctivas, inmutables e

¹⁹ http://issuu.com/forojuridico/docs/fj__122__noviembre_2013. Moreno Melo, Manuel. **Artículo Principios del derecho penal**. Revista Foro jurídico. Noviembre de 2013. Pág. 56. Consulta electrónica: 01-07-2014.



improrrogables. La finalidad de la pena es restablecer el orden social que ha sido quebrantado por la comisión de un hecho delictivo.

h) La potestad de castigar corresponde exclusivamente al Estado, como protector de bienes jurídicos tutelados.

- Escuela positivista

Al contrario de la escuela clásica, la escuela positiva tuvo una existencia real, como "un grupo de hombres (médicos, juristas, sociólogos) que se agrupan en un haz compacto frente a los demás, a otros intelectuales y a otras ideas. Intelectuales que hacen de Lombroso un jefe y de sus conocimientos e intuiciones una doctrina".²⁰ La escuela positivista surgió cuando las teorías de la escuela clásica aún no estaban completamente desarrolladas, como una reacción contraria a éstas. Fundamentaba sus planteamientos en la filosofía positiva y sobre las bases científicas que corresponden a las ciencias naturales. Esta contracorriente de la escuela clásica la encabezaron los llamados tres evangelistas de la criminología: Cesar Lombroso, Enrico Ferri y Rafael Garofalo. Los positivistas utilizaron el método inductivo (ir de lo particular a lo general), conocido también como experimental. A partir de estudios realizados acerca de un delincuente o sujeto antisocial concreto, llegan a sus conclusiones y desarrollan

²⁰ Rodríguez Manzanera, Luis. *Criminología*. Pág. 239.



hipótesis, con lo que crean sus tesis relacionadas con el comportamiento criminal. Los postulados de la escuela positivista constituyen la negación de los señalados por la clásica.

“Esta corriente se enfoca en estudiar al hombre delincuente, principalmente desde una visión clínica, buscando las causas del delito en la cuestión genética o física del hombre. Por lo tanto, según esta visión la teoría del delito carece de importancia, pues no se trata de análisis abstracto de las definiciones jurídicas, sino que el objeto de estudio debe ser solo el delincuente, como sujeto a juzgar, no con relación a la gravedad del delito como lo harían los clásicos, sino a su peligrosidad como individuo en sí y malvado para la sociedad”.²¹

Los principales postulados de esta corriente son los siguientes:

a) Se niega la existencia del libre albedrío, al considerar que el ser humano no escoge libremente y de manera consiente entre el bien o el mal; dado que es un ente natural y, en algunos casos, con anomalías que evitan su sano y libre discernimiento, no puede elegir. Al respecto, Cesar Lombroso, influyó de forma importante con sus estudios médicos y antropológicos que dieron origen a la teoría del criminal nato.

²¹ http://issuu.com/forojuridico/docs/fj__122__noviembre_2013. Moreno Melo, Manuel. **Principios del derecho penal**. Revista Foro jurídico. Pág. 56. Consulta electrónica: 01-07-2014.

b) Los positivistas más radicales negaban el principio de legalidad, específicamente en cuanto a la imposibilidad de aplicar penas sin un delito previamente cometido, ya que éstos proponían la aplicación de medidas de seguridad sin necesidad de cometer delito alguno. Asimismo proponían la desaparición de códigos, leyes y jueces y su substitución por antropólogos y médicos.

c) La criminalidad es una agresión como tal, a las condiciones fundamentales de la vida social.

d) Se reconoce una responsabilidad social, contraria a la responsabilidad moral que contemplaba la corriente clásica, pues negaban el libre albedrío en tanto que el hombre es responsable socialmente por el solo hecho de vivir en sociedad. La sociedad debe defenderse de los sujetos determinados a delinquir.

e) El concepto de **pena** se cambió por el de **sanción**, la cual debe establecerse, atendiendo al grado de peligrosidad del delincuente. Para la escuela positivista es más importante la estratificación del delincuente que la clasificación de los delitos.

f) La antropología y la sociología deben orientar la legislación penal, y la finalidad de ésta debe ser el combate a la criminalidad, como fenómeno social, y no el restablecimiento del orden jurídico.



- **Escuelas intermedias o eclécticas**

A consecuencia de las dos anteriores corrientes de pensamiento criminal, surgieron escuelas que aceptaban y negaban postulados, tanto de la escuela clásica como de la positivista y excepcionalmente aportaron algo propio y significativo (puede decirse que no existió una escuela ecléctica como tal, sino varias escuelas reunidas en esta corriente). Destacan, entre éstas, la terza scuola, correccionalista, sociológica, técnico jurídica y dualista.

La terza scuola sostenía la negación del libre albedrío, consideraba al delito como un hecho individual y social, se enfocaba más en el delincuente que en el delito, señalaba las ventajas del método inductivo, adoptaba la investigación científica del delincuente, consideraba la responsabilidad moral, distinguía entre la imputabilidad e inimputabilidad y planteaba la reforma social como deber del Estado.

La escuela sociológica surgió en Alemania, denominada también como la **joven escuela**, su mayor referente es el connotado penalista Franz Von Liszt. Postulaba que la pena tiene como fin conservar el orden jurídico, utilizaba los métodos jurídico y experimental, concebía al delito como un fenómeno jurídico y natural. Así también, consideraba que los factores criminógenos son individuales, físicos, sociales y económicos; sostenía que la pena es una necesidad, estimaba la imputabilidad y



peligrosidad del delincuente, asimismo consideraba que debe existir penas y medidas de seguridad.

2.6. Época actual

Muchos autores y estudiosos del derecho consideran que el derecho penal vive en la actualidad una especie de crisis, que tiene que ver en sí, con las tendencias de la doctrina jurídico penal, las políticas criminales y las legislaciones de los Estados del mundo hacia ideas absolutistas o tremendamente represivas que como puede advertirse a lo largo de este capítulo, caracterizaban el poder punitivo del Estado, en aquellas lejanas épocas en que el derecho penal no alcanzaba aún una madurez científica y en cambio, había una ausencia de fundamentos teórico-científicos y deficiencias en la organización jurídica de los Estados, en cuanto al ejercicio del ius puniendi.

Zaffaroni aborda sucintamente el estudio de esta etapa, la que comúnmente denominan de **la crisis del derecho penal**, o cómo dicho autor llama **el nuevo autoritarismo penal** y señala una transformación en la política penal, que se hace evidente en el hecho de pasar abrupta y decididamente del debate entre políticas abolicionistas y reduccionistas a debatir sobre la expansión del poder punitivo estatal, tomando así, el tema del derecho penal del enemigo un espacio muy importante dentro de dichos debates teórico jurídicos.



La política criminal contemporánea se caracteriza por medidas rigurosas, agravación de las penas, una desmedida creación de nuevas figuras delictivas, limitación de garantías sustantivas y procesales. Lo cual arroja un endurecimiento en la persecución penal del presunto delincuente, encontrando eco en un gran sector de la población, convencida de que es el único remedio contra la inseguridad.



CAPÍTULO III

3. Estado de derecho, control social y política criminal

3.1. Estado de derecho

3.1.1. Concepto

El Estado es una forma compleja de organización jurídico-social, formada por una colectividad más o menos heterogénea de personas asentadas de forma permanente en un área geográfica determinada, regida por un ordenamiento jurídico propio y con una administración pública a cargo de autoridades a quienes el pueblo ha delegado el poder público, con el fin de obtener los recursos necesarios para satisfacer las necesidades sociales y alcanzar el bien común.

En un Estado de derecho el comportamiento estatal no puede ser discrecional o arbitral, su actividad deberá estar sometida a la Constitución Política y por consiguiente, deberá fundamentarse en el principio de legalidad, el cual es un axioma de valoración de lo justicia, en virtud del cual no puede aplicarse a ninguna persona, sanción alguna, si no está previamente establecida en una norma legal vigente.



3.1.2. Características

En un Estado de derecho, los órganos del poder público (ejecutivo, legislativo, judicial) son independientes y coordinados, no hay subordinación entre los mismos y su actuación es legítima, por delegación del gobierno del pueblo. Actúan, pues, en nombre de éste y bajo el imperio de las normas constitucionales.

- Imperio de la ley

Se refiere a que tanto gobernantes como gobernados deben inexorablemente obedecer y hacer cumplir la ley.

- División de poderes

Este mecanismo, junto con el de frenos y contrapesos, procura contravenir el abuso del poder. Asimismo, permite el establecimiento de procedimientos de fiscalización y control entre los mismos organismos del Estado.

- Derechos fundamentales

En un Estado de derecho se reconoce y respeta necesariamente un conjunto de derechos fundamentales inherentes a la persona humana y deberes de sus ciudadanos.



- Responsabilidad de servidores públicos

Debe de existir y normarse, para que un Estado sea de derecho, un conjunto de responsabilidades para todos sus empleados y funcionarios públicos, así como procedimientos para deducir e imponer dichas responsabilidades

- Control y defensa constitucionales

Debe existir un ente, con independencia plena de los demás órganos del poder público, que controle posibles vulneraciones del orden constitucional y violaciones en contra de la Constitución Política.

- Debido proceso

Con el fin de averiguar sobre la posible comisión de un delito, la presunta responsabilidad de una persona y, en caso de hallar un culpable, la imposición de una pena y la verificación de su ejecución, deben cumplirse todas las formalidades prescritas por la ley, como todas las garantías fundamentales que acoge la Constitución Política con el objeto de obtener, de los órganos jurisdiccionales, un proceso justo, pronto y enmarcado en la legalidad y por otra, que los derechos



subjetivos de la parte denunciada, acusada, imputada, procesada y, eventualmente, sentenciada no se vean vulnerados en lo mínimo.

3.1.3. Elementos del Estado

3.1.3.1. La población

Es el elemento personal del Estado; es un elemento constitutivo, pues no puede concebirse un Estado sin población. Prácticamente se refiere al número o grupo de habitantes de un Estado. La nación es un término afín, sin embargo éste último se refiere más que todo a una unidad de carácter cultural, étnico, religioso, lingüístico, formada por una pluralidad de individuos, unidos entre sí por lazos de sangre, de idioma, de cultura, etc., y por el convencimiento de pertenecer a una misma comunidad.

Se concluye que población, es el conjunto o totalidad de personas que integran el Estado. Respecto de esto establece La Constitución Política de la República de Guatemala en su Artículo 153: "El imperio de la ley se extiende a todas las personas que se encuentren en el territorio de la República."



3.1.3.2. El territorio

Es el segundo elemento constitutivo del Estado; conforma el elemento físico o material. El territorio comprende el área geográfica donde se asienta permanentemente la sociedad, y en la cual el Estado ejerce con toda potestad, su soberanía (poder). Este poder puede ser por uso de la fuerza, la coerción, voluntaria, o por diversas causas, pero en toda relación social, el poder presupone la existencia de una subordinación de orden jerárquico de competencias o cooperación reglamentadas. Toda sociedad, no puede existir sin un poder, absolutamente necesario para alcanzar todos sus fines propuestos.

Por consiguiente es imperativa la demarcación clara del territorio estatal, es decir, una precisa delimitación de sus fronteras, puesto que el ejercicio del poder del Estado podrá ejercerse válidamente dentro de los límites del territorio del Estado y no más allá. Cabe mencionar que estas demarcaciones no son estáticas, pues a través de los siglos existen variaciones entre las fronteras de uno u otro Estado. El marco espacial de un Estado puede dividirse, a su vez, en tres sub-espacios con características, regulación y efectos diversos: el espacio terrestre, espacio aéreo y espacio marítimo.



3.1.3.3. La soberanía

Este también constituye un elemento formal del Estado. Contemporáneamente se concibe a la soberanía como la potestad suprema del Estado para realizar sus fines, y por ende, para regir la comunidad; La soberanía es en sí la validez de la norma jurídica. Por la soberanía el Estado se encuentra encima de todas las unidades de poder que existen en su territorio, dentro del cual ejerce su dominio y autoridad, de mantenerlo y defenderlo de sus enemigos; asimismo, en su ejercicio se da un ordenamiento jurídico y las autoridades que ejercen el poder.

La soberanía se caracteriza fundamentalmente por ser única, puesto que dentro de un territorio puede existir solamente una soberanía; inalienable, en el sentido que no puede negociarse ni cederse o enajenarse a favor de nadie; indivisible, ya que constituye una unidad que no acepta fragmentación); imprescriptible, por razón de que no se extingue por el transcurso del tiempo; e indelegable, es decir, radica en el pueblo y no en individuo o entidad alguna en específico.

3.1.3.4. El poder, autoridad u organización política

Es un elemento formal del Estado, sin el cual no puede subsistir ni alcanzar sus fines. El poder público es fundamental para el funcionamiento de grupos sociales que confluyen en un espacio físico cualquiera. Es así que se requiere de un orden y del



establecimiento de reglas que permitan la convivencia humana, la cual se traduce en el ejercicio del poder.

La función del poder público, primariamente consiste en establecer una normatividad coercitiva (ordenamiento jurídico), con la que exige que se realicen o no determinadas conductas en tal o cual sentido, para la conservación del Estado y para el logro de sus fines, función que corresponde al gobierno. Seguidamente, organizar los servicios públicos destinados a coadyuvar o suplir la actividad de los particulares en pos de la obtención del bien común. Esta función corresponde específicamente a la administración pública.

Puede decirse que este elemento del Estado, lo conforma, primero: el conjunto de órganos e instituciones del Estado. Estas instituciones en un sistema republicano se agrupan en torno a tres diferentes poderes: legislativo, ejecutivo y judicial; y segundo: un orden jurídico que es creado, definido y aplicado por el poder estatal y constituye una capacidad legítima para ejercer en forma eficaz, mediante la coactividad, las acciones y los cometidos que les son conferidos por ley. Regula respecto de este tema, La Constitución Política República de Guatemala: "Artículo 152. El poder proviene del pueblo. Su ejercicio está sujeto a las limitaciones señaladas por la Constitución y a la ley. Ninguna persona, sector del pueblo, fuerza armada o política puede arrogarse su ejercicio." Es en este elemento en que se fundamenta el ius puniendi del Estado y



consecuentemente, el control social, establecido como respuesta a la actividad delictiva de los individuos y que ha de ejercerse de conformidad con un sistema jurídico propio.

3.2. Control social

3.2.1. Concepto

Es evidente, como se ha ya mencionado, que el hombre es por naturaleza un ser social y además político, lo que lo mueve a vivir en agrupaciones humanas, a convivir diariamente y a lo largo de su vida con otras personas, ya sea en busca de intereses comunes o bien, por la simple búsqueda de su supervivencia, sin embargo esa convivencia social jamás ha sido pacífica ni mucho menos, pues más que demostrado está que todo individuo busca imponer su voluntad y los intereses propios por sobre los de los demás, originando en primera instancia divisiones muy marcadas entre grupos dominantes y los dominados, así como infinidades de conflictos de diversa naturaleza, como guerras internas o revoluciones sociales, condicionando de una u otra manera las estructuras de poder en turno.

Al referirse a dicha estructura de poder, cabe mencionar que esa estructura no sólo representa al grupo dominante sino a la única fuerza con capacidad para afrontar la resolución de conflictividades que se originan dentro de la colectividad social. Atendiendo a lo anterior se hace necesaria la existencia de una autoridad establecida,



que sea capaz de velar por los intereses y necesidades de los individuos, a través de **canales** o métodos de control social que buscan además de un desarrollo de su sociedad, su permanencia en el poder.

“En el nacimiento de la sociología como disciplina científica, la idea de control social fue un concepto central para analizar la organización social y el desarrollo de la sociedad industrial. Originariamente el término se refería a un aspecto de la sociedad y servía como base comprensiva para el examen sociológico del orden social. De hecho, fue un recurso intelectual para relacionar el análisis sociológico con los valores humanísticos y las orientaciones filosóficas empleadas por algunos de los primeros sociólogos interesados en el progreso social y en la reducción de la irracionalidad en el comportamiento social. En los términos más básicos, el "control social" estaba referido a la capacidad de la sociedad de regularse a sí misma, acorde con los principios y valores deseados. El análisis sociológico tiene la tarea de explorar las condiciones y variables que hacen a esta meta susceptible de ser alcanzada.”²²

Muñoz Conde, sostiene que “el control social es una condición básica de la vida social, pues a través de él se asegura el cumplimiento de las expectativas de conducta y los intereses contenidos en las normas que rigen la convivencia, confirmándolas y estabilizándolas contrafácticamente, en caso de su fluctuación o incumplimiento, con la respectiva sanción impuesta en una determinada forma o procedimiento.”²³

²² http://www.catedras.fsoc.uba.ar/pegoraro/Materiales/Janowitz_Teoria_Social_Control_Social.PDF, Janowitz, Morris. **Delito y sociedad**. Revista de Ciencias Sociales, N°6/7, 1995. Consulta electrónica: 02-07-2014.

²³ Muñoz Conde Francisco. **Derecho penal y control social**. pág. 25.



"Bajo el concepto de control social se comprenden los recursos de que dispone una sociedad determinada para asegurarse de la conformidad de los comportamientos de sus miembros a un conjunto de reglas y principios establecidos, así como las formas organizadas con que la sociedad responde a sus transgresiones."²⁴

En conclusión, podemos decir que el control social es el conjunto de medios y/o métodos a través de los cuales una sociedad pretende inicialmente, la aceptación y acatamiento generalizados de ciertos parámetros conductuales previamente establecidos en una forma preventiva, en el entendido que tales parámetros pueden referirse a simples conductas que vulneren normas de carácter social o bien actos constitutivos de delito (control social de acción) ; y por otro lado, en caso de vulneración de dichos parámetros conductuales, proporcionar la capacidad de respuesta ante la realización de actos contrarios al orden social o jurídico (control social de reacción).

3.2.2. Clases de control social

Los sistemas de control social son múltiples y sus características dependen de la propia intensidad de la organización social a la que correspondan. Puede decirse que, dependiendo de los entes que se encargan de ejecutar el control social, así como de la fuerza coercitiva de sus normas, éste puede ser: formal (institucionalizado) o informal (difuso). Atendiendo a su finalidad: control social de acción o de reacción.

²⁴ Bustos, Juan y Hormazábal, Hernán. **Lecciones de derecho penal**. Pág. 15.



Puede decirse que las instancias informales de control social potencian y aseguran la adaptación del individuo al sistema, a través de la adquisición por él mismo, de los valores sociales dominantes, fundamentalmente a través de la educación y la disciplina, así como de sanciones sociales más o menos difusas.

Por su parte, las instancias formales se encuentran preparadas para entrar en juego con fines represivos y de un modo coercitivo allí donde el individuo traspase el límite marcado para lo socialmente tolerable. Simultáneamente, su mera presencia y posibilidad de intervención determina ya un importante efecto general de prevención. Si en todas las sociedades el orden jurídico desarrolla un papel primordial en el seno de los instrumentos de control social, esto es particularmente cierto en la actualidad. La complejidad de nuestras sociedades determina, además, que prácticamente ningún sector de la vida ciudadana escape a la regulación estatal.

3.2.2.1 Control social de acción

El control social de acción tiene como finalidad la prevención, es decir, se pretende evitar ciertas conductas por medio de la inserción y conformidad del individuo frente a un cúmulo de valores morales y sociales, sobre el que se ha asentado la sociedad.

Se trata de que todos y cada uno de los individuos que conforman el conjunto social tome como suyos esos parámetros de conducta y valores establecidos, de manera que



los acepte y los cumpla, sujetándolo así de una manera implícita a un determinado orden social.

Fundamentales son los mecanismos o canales de socialización a través de los cuales se busca la adaptación de las personas al sistema de valores impuesto. La televisión, el cine, la radio, el periódico, la literatura, la escuela, la iglesia etc., juegan un papel esencial en esa difusión de esos valores, pues es a través de éstos, que el individuo conoce qué conductas son tomadas como negativas dentro de la sociedad: por ejemplo: sabrá que matar, violar o secuestrar no son conductas aceptadas, pues lesionan y vulneran el orden social ya mencionado. Conocerá del mismo modo, las conductas que son aceptadas y que se esperan de él, por parte de la sociedad. Este tipo de control social se funda como base para todo el compuesto de normas jurídico penales, puesto que todo el sistema penal de un Estado no tendría razón de ser sin la existencia de los respectivos medios de control como herramientas de exhortación conductual.

3.2.2.2. Control social de reacción

El control social de reacción constituye la forma de responder ante la realización de alguna de las conductas contrarias o negativas prescritas dentro de un orden social o jurídico; esta forma de reacción puede establecerse a través de diversos mecanismos siempre y cuando, dicha conducta esté considerada por la sociedad como lesiva.



El control social de respuesta, como también se le denomina, no pretende ya, la inserción ni aceptación por parte del individuo de un sistema de valores o de parámetros conductuales, sino que se centra específicamente en lidiar contra la consumación de las conductas prohibidas. Dependiendo de la finalidad que persigue, dicho control social puede darse en forma difusa o institucionalizada.

Así, las formas de reacción dentro de cada sociedad son diversas y se delimitan en su naturaleza, conforme a las conductas específicas que pretenden repeler. En este sentido señalan algunos autores, en primer lugar; el tratamiento médico contra ciertas conductas patológicas, la criminalización para las conductas definidas y establecidas como crimen y la neutralización en contraposición para las conductas consideradas como molestas.

3.2.2.3. Control social informal o difuso

Este tipo de control se denomina control social de reacción informal o difuso, en virtud que existe como forma de control dentro de una sociedad, pero no forman parte de la estructura jurídica del Estado, es decir que no integran el derecho escrito o codificado, pues sus sanciones se basan en normas sociales de convivencia, ética, urbanidad, tradiciones, costumbres, normas religiosas y el quebrantamiento de los códigos conductuales. El control social informal o difuso tiene lugar dentro de los distintos escenarios sociales, por mencionar algunos: la familia, la escuela, los grupos religiosos, los distintos medios de comunicación, los lugares de trabajo, los grupos deportivos, etc.



Y son, precisamente, estas mismas instituciones sociales las que se encargan de una u otra manera de reprimir todas aquellas acciones que se cometan dentro de su esfera de acción y que afectan el conjunto de valores y códigos de comportamiento que han sido adoptados como propios dentro de ellos.

Una muestra de este tipo de control puede ser el ejercido dentro de los grupos religiosos, los cuales basándose en normas de convivencia y un cúmulo estructurado de principios y valores en que cimentan su ideología y creencias, y que ante cualquier trasgresión por parte de alguno de sus miembros sobre dichos principios o normas, reprochan tales conductas impropias, dependiendo de la gravedad, con cierto rechazo o repulsión y hasta con la expulsión de la persona que las haya cometido hacia afuera del grupo, como es el caso de la excomunión en la religión católica.

Procede aclarar que, aunque este tipo de sanción conlleva un fuerte grado de coacción social, carece en su naturaleza, de fuerza coactiva en el ámbito propiamente jurídico para pretender evitar la realización de dichas conductas. No obstante, en la actualidad, ante la escasa eficacia de los medios de prevención y represión a cargo de las instituciones que conforman el sistema penal del Estado (control social institucionalizado), ha tomado mucho protagonismo la participación activa de la misma sociedad (control difuso) en la búsqueda de la justicia, aunque no es del todo positivo este aspecto, pues en su línea más negativa conduce a la desesperada aplicación de justicia por propia mano.



Debe concluirse en que el control social informal o difuso, por la misma naturaleza de las instituciones que lo llevan a cabo, y en virtud de que su finalidad no es ejercer un control social como tal, dirigido a la sociedad en general, (aunque se le pudiese atribuir cierto efecto en los índices de comisión de delitos; se trata de una acción inducida, resultante de acciones con otra meta principal) constituye, más bien, un control social indirecto.

3.2.2.4. Control social formal o institucionalizado

En yuxtaposición con el control social difuso ejercido por la sociedad. El control social formal o institucionalizado le compete con exclusividad al Estado. Por una parte y través de instituciones legal y legítimamente constituidas como sus ministerios (educación, economía, trabajo y previsión social, etc.), así como entidades públicas como secretarías, consejos de desarrollo urbanos y rurales, entre otras; ejerce en un primer plano, un control social institucionalizado de tipo no punitivo, cuyo objetivo es la inducción del individuo al campo de la legalidad, es decir, el de marcar los lineamientos de conducta que el Estado espera de las personas sin un discurso punitivo.

En ese mismo contexto, ejerce en un segundo plano, el control social institucionalizado punitivo (de reacción), que parte de un ordenamiento jurídico establecido, el cual contiene y define el conjunto de todas las conductas que más gravemente afectan o contravienen la convivencia humana dentro del escenario social y su respectivo discurso punitivo (la amenaza de una sanción). Se habla ya en este segundo plano, de



un derecho escrito en que la violación ya no se limita a una norma moral o ética, sino más bien a una de naturaleza propiamente jurídica, cuyas consecuencias se encuentran revestidas de mayor rigor normativo y fuerza coactiva, y que se ejecuta a través de una estructura administrativa (sistema penal), concertada para hacer efectivo dicho control social mediante la punición.

El control social de tipo punitivo se efectiviza a través de instituciones como la Policía Nacional Civil, Ministerio Público, tribunales jurisdiccionales, sistema penitenciario, etc. Las cuales son parte del sistema de justicia penal, por medio del cual se ejerce un control más específico llamado control penal, que inicia con la creación de la norma penal hasta la ejecución de la pena.

3.2.3. Derecho penal y control social

El derecho penal como mecanismo de control social de reacción institucionalizado se valida de cierta manera por conducto del control social de acción (que actúa en primer lugar) ya que, carecería de la fuerza coactiva que lo caracteriza si no fuera por este último; pues los individuos son conscientes que extorsionar, matar o difamar a otro son actos prohibidos y que su realización provoca la reacción punitiva del Estado, en virtud que dicha cognición se adquiere y se transmite originalmente como norma social y sólo posteriormente como una norma jurídico penal. Pero esta validación de la que hablamos se da recíprocamente, puesto que de la misma manera que el control social de acción valida la normativa jurídica del control social de reacción; las instancias



motivadoras del control social de acción tampoco podrían darse, sin la confirmación (revalidación) del derecho penal dentro del control social de reacción (punitivo) y en general por el sistema jurídico penal.

El derecho penal, dentro del sistema penal (y a su vez control del social institucionalizado), se distingue del resto de los mecanismos de control social, incluidos los jurídicos o institucionalizados, por su alto y creciente grado de formalización: su rígido sometimiento a un conjunto de normas generales previamente establecidas, las cuales determinan de manera estricta y con un control insoslayable de sus presupuestos de actuación (infracciones penales), la forma de intervención (proceso penal), y las consecuencias jurídicas que pueden darse (punitiva, reparatoria, terapéutica y conciliatoria).

“Este máximo poder que el Estado ejerce sobre los ciudadanos en el ámbito de su soberanía se encuentra íntimamente vinculado con el modelo político que ese Estado ha adoptado. Un Estado autoritario no puede sino contener un derecho penal autoritario y viceversa; un Estado democrático de derecho contendrá un derecho penal de tinte liberal. Dijo Sebastián Soler que “a un estado siempre se le puede decir muéstrame tus leyes penales, porque te quiero conocer a fondo”. El código penal de un país permite desvelar el ámbito de las libertades públicas y el respeto y la dignidad hacia la persona. En tal sentido observar los bienes jurídicos que se protegen con mayor pena, la limitación de los tipos penales abiertos y la penalización o no de los delitos de opinión,



resultan parámetros atinados para saber, conocer y evaluar el grado de compromiso de una sociedad con el Estado democrático de derecho.”²⁵

Con base en lo expuesto anteriormente, puede decirse que la importancia del derecho penal dentro del control social de reacción institucionalizado punitivo se erige sobre el punto en que éste, solamente se activa como un elemento último en la actividad del Estado (ultima ratio) para castigar aquellas conductas que violen gravemente un bien jurídico fundamental y afecten el orden social, siempre que resulte necesaria su ejecución (principio de necesidad) en pos del equilibrio social, al no poder ser solucionado simplemente mediante el control social de reacción difuso, ya que requiere una mayor fuerza de coacción con el fin de reprimir futuras conductas perjudiciales para la sociedad, por lo que es a través del Estado y los respectivos filtros, a los cuales ya nos hemos referido, que nace y se constituye como tal el derecho penal.

3.3. Sistema penal

3.3.1. Concepto

El sistema penal constituye el tipo de control social punitivo institucionalizado, cuyo campo de acción, desde el punto de vista pragmático, inicia desde que se detecta la sospecha de un delito hasta que se impone y ejecuta la sanción, si la hubiere (ejecución

²⁵ <https://aulapenal.wordpress.com/2013/08/30/teoria-de-la-ley-penal-daniel-adler/>. Adler, Daniel. **Teoría de la Ley penal**. Consulta electrónica: 02-07-2014.



de la pena). En strictu sensu, comprende desde la actividad del legislador, del público, de la policía, de los jueces, magistrados, etc. hasta de la ejecución penal. En un sentido más amplio, caben en él, acciones controladoras y represoras que aparentemente nada tiene que ver con el sistema penal. Así entonces, podemos referirnos al sistema penal, como el conjunto de órganos (dentro del aparato estatal) diseñados y organizados específicamente para reprimir la actividad delictiva de los individuos, sobre la base del derecho penal.

El sistema penal gira en torno a dos nociones básicas del derecho penal: el delito y la pena. Se ha de complementar también con muchos más conceptos o instituciones de tipo penal, además de adecuarse a la evolución permanente de las ideas penales; pero siempre sumiendo su actuación en torno a la relación delito-pena.

Moisés Moreno se refiere al sistema penal como “el conjunto de medidas de control social de carácter penal. Éstas a su vez, son parte del conjunto de medidas de carácter político-criminal que el Estado adopta para lograr sus objetivos en materia criminal.”²⁶

“Esta estructura si bien, necesariamente desarrollada dentro de los límites legales correspondientes, no deja de ser seriamente criticada por autores como Baratta y Muñoz Conde, para quienes el sistema penal es fuente de desintegración, marginación

²⁶ Muñoz, Lorena Netzahuatl. El problema axiológico de la punibilidad en México. Pág. 4



y represión... ya que una de sus funciones es la de salvaguardar ciertos valores prominentes, manteniendo las posiciones sociales existentes.”²⁷

En el caso de Guatemala, el sistema penal como instrumento de control social es legitimado y legalmente fundamentado en la Constitución Política de la República, cuyo preámbulo afirma: “la supremacía de la persona humana como sujeto y fin del orden social... y el Estado como responsable del bien común, de la consolidación del régimen de legalidad, seguridad, justicia, igualdad, libertad y paz”, lo que desarrolla, de una manera más precisa, en los artículos 1 y 2 del referido cuerpo legal. Se comprende de esta manera que el Estado tiene el monopolio de la seguridad pública y de la seguridad jurídica, actuando través de los órganos que conforman el sistema coercitivo estatal, creados para tal fin.

3.3.2 Subsistemas o segmentos

Como pudo establecerse, el Estado tiene con exclusividad la facultad de impartir justicia y, específicamente en cuanto a la materia que concierne, la creación de tipos penales, procedimientos penales que van desde el supuesto conocimiento de la comisión de un delito hasta la resolución respectiva y, la ejecución, en caso hubiera una pena o medida de seguridad. Así como la creación de órganos por medio de los cuales se ejecuta la investigación sobre la comisión de un delito y la administración de justicia y los centros de cumplimiento de las penas. Todos estos órganos, en quienes se delegan funciones

²⁷ *Ibíd.* Pág. 5.



bien específicas, actúan conjuntamente, a través de subsistemas o segmentos que constituyen el sistema penal.

- Subsistema legislativo

Es de este segmento del sistema penal que emana la norma jurídico penal. Específicamente, es el organismo legislativo, con observancia de la división de poderes, en un Estado de derecho, que se encarga de la creación de las leyes o normas penales; es decir, al legislador le compete decidir sobre la creación de tipos penales, los presupuestos para la imposición de una pena o medida de seguridad como consecuencia jurídica lógica; los procedimientos penales para la averiguación de la aparente comisión de un delito y la determinación de la culpabilidad; así como la regulación de los centros y los métodos de cumplimiento de las penas.

Determinante importancia tiene con respecto de esta función, la observancia de los principios constitucionales y los propios del derecho penal, y al mismo tiempo de la realidad social que se vive en cada Estado, pues al obviar uno u otro puntos se producen leyes ineficaces, desfasadas (leyes sin fuerza coactiva, como algunos casos dados en Guatemala) o el extremo de cierto autoritarismo legal (propio de los planteamientos del derecho penal del **enemigo**).



- Subsistema ejecutivo

Este segmento tiene como función principal (aunque no es la única), la iniciación de la procuración de justicia; refiriéndose esencialmente a las acciones propias del Ministerio Público, la Procuraduría General de la Nación, la Procuraduría de los Derechos Humanos, la Policía Nacional Civil, etc., cuya actuación se rigen conforme a sus leyes y reglamentos orgánicos.

La referida procuración de justicia se inicia con una denuncia o querrela penal, que ponen en movimiento las diligencias de averiguación por parte del Ministerio Público ante la presunta comisión de un delito, integrándose así la averiguación previa, que es la fase de investigación de la cual participan, tanto la Policía Nacional Civil como los peritos respectivos con la finalidad de realizar todas las pruebas pertinentes que puedan aportar ciertos resultados sobre la circunstancia de modo, tiempo y lugar del delito; A lo que sigue, la acción penal a cargo del Ministerio Público y una nueva fase de investigación ya como parte dentro del proceso penal (ente acusador).

Se ubica también, como una rama más dentro de este segmento, la actuación del sistema penitenciario, a cargo de la ejecución de las sanciones penales, pues como en el caso de Guatemala, éstas se basan casi solamente en penas privativas de libertad y en un menor número, de medidas de seguridad.



Los problemas que se dan dentro de este subsistema son por una parte, la ineficiencia en la fase de investigación del Ministerio Público y la Policía Nacional Civil; y una acción pública mal llevada por parte del ente acusador. Además hay que sumar, ya en la fase de ejecución de las penas (privativas de libertad), la ausencia de elementos y mecanismos para la reeducación y rehabilitación de los reos; el hacinamiento de personas que se encuentran cumpliendo ya una pena (condenados) con personas a las que se ha dictado auto de prisión preventiva (sindicados) en los mismos centros de detención preventiva o en centros de cumplimiento de condenas, cuando la ley establece que deben ser diferentes unos y otros; además del trato como seres humanos y la no discriminación por motivo alguno, ni tratos crueles, torturas físicas, morales, psíquicas, coacciones o molestias, trabajos incompatibles con su estado físico, o acciones denigrantes a su dignidad, que la Constitución Política de la República de Guatemala prescribe y en la realidad no se cumple. Por tanto, el Estado falla desde el momento de procurar la justicia, al no lograr la punición debida para algunas actividades delictivas (ineficiencia del ente acusador), y cuando se consigue condenar dichas conductas, al no procurar ni alcanzar los fines de reeducación y rehabilitación de las personas, propias del sistema penitenciario.

- Subsistema judicial

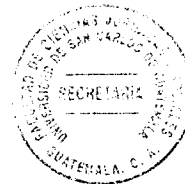
Este subsistema o segmento es responsable de la administración de justicia, es decir, se encarga de llevar a cabo todas las actividades jurisdiccionales, lo que se concreta al aplicar la ley a un caso concreto. Inicia desde que el Ministerio Público hace de conocimiento de un tribunal jurisdiccional, la presunta comisión de un delito y



posteriormente, ejercita la acción penal (delitos de acción pública, específicamente). Dichos tribunales (juzgados de paz penal, juzgados de primera instancia penal, tribunales individuales y colegiados de sentencia, salas de corte de apelación, cámara penal, cámara de amparos y antejuicios y Corte Suprema de Justicia) conocen de los asuntos penales, aplicando la ley y los procedimientos legales (penales) correspondientes para resolver sobre la tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad de un hecho puesto a su consideración. Para esta actividad se ha establecido un cúmulo de principios y reglas para la perfecta aplicación de la ley, objeto principal de este subsistema.

3.3.3. Implicaciones político criminales

En un Estado de derecho, la Constitución es la norma suprema, en el caso de Guatemala, en ella se establece la organización y estructura, tanto política como jurídica del Estado; norma, de esa manera las directrices sobre la forma o modelo de gobierno y el tipo de política que orientará el accionar de cada uno de sus organismos y entidades, en conjunto, en la procuración de sus fines. En ese sentido y respecto de nuestro tema de análisis, las políticas públicas (específicamente las políticas criminales) que el Estado adopte, deben adaptar sus mecanismos y componentes al conjunto que integran, manteniendo una consistente unidad; siendo éstas, un pequeño sector dentro de las políticas sociales, y éstas de las políticas públicas del Estado.



3.4. Política criminal contemporánea

3.4.1. El concepto política

Si nos enfocamos en la definición de política, desde el punto de vista más genérico, ésta hace referencia a "la traza o arte para conducir y resolver un asunto o se emplean medios para alcanzar un fin determinado."²⁸ En otras palabras, la política se refiere a cualquier actividad encaminada a la consecución de un fin, ya sea resolviendo un conflicto o bien, obteniendo el resultado proyectado.

Recurriendo al origen etimológico, el término política se deriva del griego **polis**, que significa ciudad; es decir, el lugar donde las personas conviven y confluyen sus intereses e ideales. Originariamente, la política hacía referencia a los asuntos que interesaban a los ciudadanos.

Centrándose en el concepto política, en el sentido estricto de su denotación, encontramos que es definida como la ciencia que trata del gobierno y la organización de las sociedades humanas, especialmente de los estados. O la actividad de los que gobiernan o aspiran a gobernar los asuntos que afectan a la sociedad o a un país.

²⁸ Corona Aguirre, Liliana. **Ob. Cit.** Pág. 51.



3.4.2. Definición de política criminal

El sistema penal constituye el conjunto de medidas de control social institucionalizadas de tipo punitivo, que son ejecutadas por el Estado, por conducto de ciertos órganos estatales, para castigar las conductas que están prohibidas penalmente. Procedente es afirmar entonces que éste sistema es el encargado de llevar a cabo la política criminal, conforme a las decisiones políticas del Estado, pero limitado por la ley fundamental, la cual establece las dimensiones de la actuación estatal; y es conforme a dicha política criminal, que el sistema penal debe orientar los subsistemas que lo conforman.

A esta política dirigida al tema delictivo, se le denomina **política criminal**. Ésta constituye una manifestación de poder con que cuenta el Estado, de acuerdo con ciertos procedimientos, estrategias, medidas y acciones previamente adoptados, con el objeto de evitar y contener la actividad criminal. Por medio de la política criminal, el Estado establece los lineamientos de todo el sistema penal; siendo de ésta manera que mediante la actividad político criminal se formaliza el control social que se aplicará sobre los comportamientos socialmente nocivos que encuadren con los tipos penales prescritos.

El ordenamiento jurídico en un Estado de derecho, se fundamenta en, y se encauza hacia la libertad e igualdad de las personas como principios básicos de su funcionamiento, sin embargo en materia de derecho penal pueden percibirse ciertas distinciones o sesgos de discriminación social que parten de una inequitativa



distribución de lo criminal. Es así como los sectores marginados (económica y socialmente) deben de soportar una mayor carga de lo criminal, en el sentido que los procesos de definición de tipos penales y demás disposiciones de criminalización del individuo van dirigidos hacia estos estratos sociales, pues se tipifican con más asiduidad y una mayor punición las conductas nocivas, que se dan con mayor frecuencia dentro de estos sectores; contrario a esto, los sectores socioeconómicamente mejor posicionados, tienen una menor carga, partiendo de que las conductas nocivas propias de los individuos, con cierta posición y/o poder económico o político, tienen menor recurrencia en la tipificación penal, y aquellas conductas, que efectivamente se encuentra tipificadas por una norma penal, son castigadas con menor fuerza punitiva, y secundadas por una escasa ejecución dentro de los tribunales jurisdiccionales competentes.

Partiendo de tales conceptualizaciones, puede definirse la política criminal como el conjunto sistemático de principios, criterios, modelos y estrategias, ligado a ciertas ideologías económicas y emanado del poder punitivo del Estado, para orientar o definir el actividad del sistema penal, a través del cual se atiende la criminalidad (delito-delincuente) y la criminalización del individuo (pena y función re-socializadora), enfocado especialmente hacia la prevención, represión y el control social estatal.



3.4.3. Tendencias actuales: conceptos y enfoques

Puede constatar que, en un primer momento histórico, el fin de la política criminal era esencialmente la represión del delito (Escuela clásica). Posteriormente, con el afianzamiento de la Escuela positivista, el fin de la política criminal es concebido y retrotraído hacia la anticipación o prevención de la acción delictiva. Bajo esta concepción positivista, entonces, la finalidad de la política criminal dejaría de ser el de reprimir o castigar el delito, para anticiparse (penalmente) en su campo de acción (reacción del Estado), hacia la prevención del mismo, hasta permitirse incluso, cierta intervención estatal sobre el individuo, antes de que se hubiera cometido ningún delito.

- La expansión del derecho penal

En épocas recientes, las tendencias o enfoques de las ideas penales apuntan a una concepción más amplia de la política criminal, propugnándose que las decisiones y estrategias del Estado, en materia criminal, constituyan no sólo una respuesta estatal a la actividad delictiva, sino también, atribuyéndole la función de controlar o neutralizar las consecuencias jurídicas que del delito se originan. Estas tendencias, son a su vez, producto y se consolidan paralelamente con un fenómeno mayormente visible en la evolución contemporánea de las legislaciones penales de las sociedades occidentales, cuyo denominador común está caracterizado por la creación, casi en masa, de múltiples nuevas figuras delictivas, secundada por una propensión a la rudeza de las penas previstas en los tipos penales ya existentes, a un ritmo acelerado, comparado con



épocas anteriores. Esto es lo que los juristas han denominado como la expansión del derecho penal.

- El derecho penal de riesgo

Pero estas tendencias de expansión que actualmente resuelven la ideación o el rumbo normativo de la políticas criminales contemporáneas, responden a lo que el sociólogo alemán Ulrich Beck, ha denominado "sociedad de riesgo"²⁹, es decir una sociedad compleja y globalizada, cuyos avances científicos y tecnológicos favorecen la aparición de infinidad de nuevos riesgos y peligros, por ejemplo: el uso de la energía nuclear, la utilización de tecnología genética, etc. La sociedad, debido a este desarrollo, advierte una creciente sensación de inseguridad e incertidumbre subjetivas ante los nuevos peligros, incluso cuando dichos peligros no sean reales, provocando que los ciudadanos reclamen cada vez más del Estado, una mayor prevención frente al riesgo y la provisión de seguridad social.

"Esta política criminal ha sido objeto de críticas de los estudiosos del derecho. Se objeta que esta intervención vendría socavando los principios del derecho penal al flexibilizar los criterios de imputación penal, al debilitar las garantías penales del individuo, o al preferir las estructuras típicas de los delitos de peligro abstracto antes que a la de los delitos de resultado. ¿Debe el derecho penal intervenir en la lucha contra riesgos a fin de prevenir su posible concreción en resultados? o ¿debe éste limitarse únicamente a

²⁹ Pariona Arana, Raúl. El derecho penal "moderno". Pág. 156.



sancionar las conductas que hayan lesionado bienes jurídicos?, ¿es ilegítimo el uso de los delitos de peligro abstracto?, ¿cómo se puede «controlar» la intervención del derecho penal a fin de que preserve la legitimidad imprescindible en un Estado de derecho?».³⁰

No obstante, la problemática de la expansión penal y per se, de la política criminal moderna, que podría reducirse a la idea del **derecho penal del riesgo** actual, no constituye en sí, un solo aspecto a considerar. En la evolución más reciente hay otros fenómenos, predispuestos a dicha expansión, que añaden características distintas y muy preocupantes a ese cuadro político criminal: específicamente el **derecho penal del enemigo**, cuyo advenimiento y relevancia actual ha provocado su estudio acucioso y es precisamente éste, el tema central del presente trabajo de tesis y el cual, se abordará con mayor profundidad en el capítulo siguiente.

³⁰ *Ibíd.* Pág. 155.



CAPÍTULO IV

4. El derecho penal contemporáneo; hacia la aplicación del derecho penal del enemigo.

4.1. El derecho penal contemporáneo

Como se ha podido advertir, junto con la evolución de la humanidad ha evolucionado el derecho, es así que se ha alcanzado grandes avances en esta materia, tales como el reconocimiento, aceptación y eventual defensa de los derechos humanos y garantías individuales, cuya regulación constitucional dentro del ordenamiento jurídico interno, además de los instrumentos bilaterales y multilaterales, a nivel internacional, denotan su importancia dentro del régimen jurídico de cada Estado de derecho. No obstante, como se manifestó en el capítulo anterior, actualmente evidenciamos los efectos de las tendencias expansivas del derecho penal, que, en palabras de Alcocer: “se manifiesta en una vorágine de intervencionismo estatal sustentada en una creciente flexibilización de los principios, antes rígidos, del derecho penal clásico”³¹. Es por esto que en los últimos años, la doctrina del derecho penal enfoca su punto de análisis a ciertas regulaciones del derecho positivo que parecen diferenciarse del derecho penal general

³¹https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_06.pdf. Alcocer Povis, Eduardo. **El derecho penal del enemigo ¿realización de una opción político criminal o de una criminal política de Estado?**. Pág. 8. Consulta electrónica: 10-02-2015.



en virtud de determinadas características peculiares, las cuales motivarían o podrían motivar su agrupamiento e individualización como un particular corpus punitivo que han denominado **derecho penal del enemigo**, el cual constituye una clara manifestación de esos rasgos característicos del llamado **derecho penal moderno**, es decir, de las tendencias expansivas del derecho penal y a un desconocimiento, o por lo menos a una clara flexibilización y consecuente menoscabo de los principios y garantías jurídico-penales liberales del Estado de derecho.

El denominado **derecho penal del enemigo** refiere una singular forma de manifestación de poder punitivo estatal de reelaboración dogmática reciente, pero como ha podido percatarse, a través del análisis de la evolución de las ideas y conceptos penales, de antiquísimas construcciones filosófica y política.

En referencia al debate jurídico-doctrinario, Zaffaroni comenta que: "Quizá hasta cierto punto los teóricos cayeron en la negación del fenómeno de represivización de las legislaciones penales sancionadas con motivo o pretexto de emergencias, hasta que la realidad legislativa alcanzó un punto que impedía todo mecanismo de huída, pero lo cierto es que la invocación de emergencias justificantes de estados de excepción, no son para nada recientes".³²

³² Zaffaroni, Eugenio Raúl. **El enemigo en el derecho penal**. Pág. 14.



Es por ello, que se ha puesto en tela de juicio, la legitimidad de una política criminal caracterizada por el combate de individuos peligrosos (derecho penal de autor), que promueve la introducción de más derecho penal (una mayor criminalización), suprimiendo o restringiendo de cierto modo, la tutela de los principios propios de esta rama del derecho, justificando sus mecanismos de respuesta, en criterios de utilidad, eficiencia y excepcionalidad (funcionalismo).

4.2. El enemigo en el derecho penal

4.2.1. La base jurídico filosófica del enemigo

Como se ha mencionado, uno de los elementos más significativos de la expansión penal es el derecho penal del enemigo, construcción conceptual o teoría doctrinal tomadas de autores, en su mayoría contractualistas, por el autor alemán Günther Jakobs en 1985, mismo que retomó su debate en el coloquio de Berlín en 1999. Jakobs abordando los peligros de la nueva sociedad de riesgos, y partiendo de las construcciones de Hobbes, Kant, Fichte y Rosseau, propone el derecho penal del enemigo (Feindstrafrecht) en oposición al de los ciudadanos (Bürgerstrafrecht).

Este planteamiento ius filosófico sienta sus bases a partir de la idea de un modelo funcional. Lo que busca básicamente es la estabilidad del sistema. Atendiendo a dicha funcionalidad, los medios o mecanismos deberán de ser eficientes, aunque con el



eminente riesgo de una regresión jurídica a situaciones de autoritarismo del pasado, puesto que contra un enemigo se vale todo. Una guerra entre el Estado y sus enemigos.

Jakobs pregona, como argumentación de su planteamiento ius filosófico sobre el derecho penal del enemigo que “son especialmente aquellos autores que fundamentan el Estado de modo estricto mediante un contrato los que representan el delito en el sentido de que el delincuente infringe el contrato, de manera que ya no participa de los beneficios de éste: a partir de ese momento, ya no vive con los demás dentro de una relación jurídica. En correspondencia con ello, afirma Rosseau que cualquier “malhechor” que ataque el derecho social deja de ser “miembro” del Estado, puesto que se halla en guerra con éste... De modo similar argumenta Fichte: “quien abandona el contrato ciudadano en un punto en el que en el contrato se contaba con su prudencia, sea de modo voluntario o por imprevisión, en sentido estricto pierde todos sus derechos como ciudadano y como ser humano, y pasa a un estado de ausencia completa de derechos... Con férrea coherencia, Fichte prosigue afirmando que a falta de personalidad, la ejecución del criminal no (es una) pena, sino sólo instrumento de seguridad). Acentúa su fundamentación al afirmar que no procede entrar en detalles; pues ya con este breve esbozo cabe pensar que se ha mostrado que el status de ciudadano no necesariamente es algo que no se puede perder... Hobbes en principio deja al delincuente en su rol de ciudadano: el ciudadano no puede eliminar por sí mismo su status. Sin embargo, la situación es distinta cuando se trata de una rebelión,



es decir, de alta traición: (Pues la naturaleza de este crimen está en la rescisión de la sumisión, lo que significa una recaída en el estado de naturaleza... Y aquellos que incurren en tal delito no son castigados en cuanto súbditos, sino como enemigos).³³

Según los planteamientos de Rousseau y Fichte todo delincuente representa como tal un **enemigo**, para Hobbess, solo lo es el reo de alta traición. De acuerdo con Kant toda persona está legitimada para obligar a aquel ser humano o pueblo que se halla en un estado de ausencia de legalidad y que amenaza constantemente su seguridad, a entrar en una constitución ciudadana o irse, pudiendo tratarlo de manera hostil, como a un enemigo.

Resulta puntual señalar que Jakobs discrepa medianamente de tales postulados, por la radicalidad de sus razonamientos, ajustando su fundamentación a la idea Hobbesiana, al considerar que el delincuente no puede despedirse arbitrariamente de la sociedad por medio de su conducta, y que en un principio, un ordenamiento jurídico debe mantener dentro del derecho también al criminal, otorgándole el derecho de reconciliarse con la sociedad e imponiéndole el deber de reparar el daño causado con su acción delictuosa, por lo que el delincuente debe mantener su status de persona, como un ciudadano más.

³³ Jakobs, Günther y Cancio Meliá, Manuel. **Derecho penal del enemigo**. Pág. 26.



El derecho penal del enemigo, se sustenta sobre el argumento jurídico-filosófico de que el individuo que no quiere aceptar la norma jurídica establecida para mantener el orden social no puede gozar, por tanto, de los beneficios del reconocimiento jurídico como persona. El enemigo equivale a una **no-persona**, por lo que, prácticamente caducan para éste las garantías inherentes a la persona humana.

4.2.2. El enemigo en la historia

Claro está que **el enemigo** en el derecho penal no es algo novedoso, y que Jakobs, únicamente retomó tal término o concepto jurídico, sobre la base de los postulados de los autores jurídicos mencionados con anterioridad, los cuales responden a una misma corriente filosófica. El replanteamiento de este concepto obedece al constante cambio del derecho y la evidente crisis del derecho penal clásico garantista, readecuándolo como una respuesta funcionalista ante dicha crisis globalizada.

El Dr. Zaffaroni refiere que “En la teoría política el tratamiento diferenciado de seres humanos privados del carácter de personas (enemigos de la sociedad) es propio del estado absoluto, que por su esencia no admite grados, y, por ende, resulta incompatible con la teoría política del estado de derecho. Con esto se introduce una contradicción permanente entre la doctrina jurídico penal que admite y legitima el concepto de



enemigo y los principios constitucionales e internacionales del estado de derecho, o sea, con la teoría política de este último.”³⁴

El concepto **enemigo** se remonta a la época romana, en la cual se distinguían el inimicus y el hostis. El primero hacía referencia al enemigo personal; por aparte el hostis, equivalía al enemigo político, frente al cual existía la posibilidad de la guerra, como realización radical de la hostilidad. La palabra hostis deriva del sánscrito ghas, que hace referencia a comer, he allí su origen común con hostería. Hostire, a su vez significa matar y hostia tiene el sentido de víctima. El hostis era el extranjero, el extraño, el enemigo ajeno a la comunidad; el cual carecía en absoluto de cualquier derecho. Como se expresó en el capítulo correspondiente a la evolución del derecho penal, la pena máxima en muchas sociedades antiguas, la constituía la expulsión de la comunidad, es decir la pérdida de la paz, lo que significaba dejar al individuo en situación de desamparo, como un extranjero, extraño, enemigo de la comunidad.

Más adelante (siempre dentro del derecho romano) surgieron el hostis alienígena, que contaba con cierto reconocimiento de derechos y una mínima protección del jus gentium; y el hostis judicatus, declarado como tal, por las auctoritas del senado, que era un poder excepcional, que se configuraba mediante la posibilidad de declarar a un ciudadano romano, como hostis: **enemigo público**, cuando éste amenazaba la seguridad de la República por medio de la conspiración o la traición. Estas

³⁴ Zaffaroni, Eugenio Raúl. **El enemigo en el derecho penal**. Pág. 11.



construcciones conceptuales constituyen los orígenes de todas las posteriores subclasificaciones que determinan los planteamientos del ejercicio diferencial del poder punitivo estatal.

A partir del hostis, entonces, la percepción y conceptualización de los enemigos, históricamente siempre han existido. El enemigo ha sido y es un concepto mutable, caracterizado y adaptado al momento histórico, influido por factores sociales, económicos, culturales e ideológicos, de acuerdo a las conveniencias políticas del poder. De la misma manera, ha estado presente y cambiado la forma de respuesta a éste. Es así que en la época de las monarquías absolutas el enemigo era todo aquel que no predicaba con las ideas y decisiones del rey, y posteriormente, lo constituía el individuo que se oponía a los privilegios de la clase burguesa. Más adelante, será considerado como enemigo aquel sujeto con determinadas características físicas que lo llevaran a la comisión de delitos. El enemigo, en un momento histórico posterior, lo constituirá todo individuo que, por ser **inferior** debe ser eliminado a como de lugar de la faz de la tierra, así como los descendientes de éste hasta la cuarta generación. Seguidamente, quien tiene ideologías diferentes a las del poder, será considerado como enemigo, por lo que deberá ser apartado del estadio social con privaciones de libertad, el exilio o muerte. Continuando con esta línea evolutiva, en cierto momento posterior, el enemigo será quien vaya en contra del ordenamiento jurídico, el cual será denominado delincuente, pudiendo ser corregido y reinsertado en la sociedad. En la época actual, el enemigo es todo aquel que por su ideología, apariencia o creencias es



considerado peligroso, por lo que los Estados, buscan imponerse frente a él, por medio de la fuerza alegando una protección a hechos posibles futuros, fundamentados en esa peligrosidad. Hoy día, el ataque al enemigo no está justificado sino solamente por el poder, moldeado e impuesto por los Estados considerados como potencias mundiales.

4.2.3. La construcción jurídica contemporánea del enemigo

Contemporáneamente se ha ido fraguando y moldeando la figura o concepto postmoderno del enemigo, en torno a aquel individuo, que ya sea por su comportamiento individual o como parte del funcionamiento delictivo de una organización criminal, abandona la esfera del derecho de manera irreversible, por lo que ha de ser despojado de los derechos fundamentales y las garantías que el Estado constitucional de derecho reconoce para sus ciudadanos. Como ya no se trata de un delincuente ocasional, su comportamiento representa un peligro sostenido y permanente con un perfil patológico de perversión irrecuperable. La mutación de ciudadano (sujeto normal de derechos) a enemigo (objeto pasivo del ordenamiento jurídico), siguiendo las posturas del derecho penal del enemigo, se configurara mediante la reincidencia, la habitualidad y el perfeccionamiento de sus actos en la comisión de delitos hasta la inserción a verdaderas organizaciones y estructuras criminales.



El poder establecer una clara diferenciación jurídica entre un delincuente y aquel que constituye al **enemigo** es uno de los peligros que plantean los teóricos en contra de la propuesta Jakobsiana, considerando que existe una similitud conceptual entre unos y otros. A decir de Muñoz Conde, “El problema que plantea este derecho penal del enemigo es su difícil compatibilidad con los principios básicos del derecho penal del Estado de derecho, porque ¿dónde están las diferencias entre ciudadano y enemigo?, ¿quién define al enemigo y como se lo define?, ¿es compatible esta distinción con el principio de que todos somos iguales ante la ley?”.³⁵

“Para Jakobs, la personalidad, la condición de “persona” desde una perspectiva no sólo jurídica stricto sensu, sino también ético-política, es una atribución social normativa (Jakobs no es partidario de ningún derecho natural teológico o moderno clásico). El ser humano, en sentido físico-psíquico, biológico, no es “persona” per se; sólo lo es en tanto que la sociedad le atribuye esta condición. La atribución social de esta condición y, sobre todo, su conservación dependen, de la conducta del individuo seguida en un contexto social.”³⁶ El maestro considera, que si el ser humano, como individuo social, ajusta su conducta a los cánones y lineamientos establecidos, y que la sociedad espera de él, entonces será reconocido y mantendrá su calidad jurídico-social de **persona**, contrario a lo que sucede, si éste con su comportamiento fáctico de cualquier modo afecta o rompe gravemente el orden social y los modelos conductuales, perdiendo de

³⁵ http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=40&Itemid=27. Zambrano Pasquel, Alfonso. **Derecho penal del enemigo y amparo de libertad**. Pág. 5. Consulta electrónica: 05-01-2015.

³⁶ <http://www.ub.edu/demoment/jornadasfp/PDFs/8-Jakobs&Yoo.pdf>. Campderrich, Ramón. **Ciudadano versus enemigo no-persona: Las ideas antigarantistas de Günther Jakobs y John Yoo**. Pág. 4. Consulta electrónica: 05-02-2015.



esta forma, su condición de persona y quedando reducido a mero ejemplar de la especie animal de homo sapiens sapiens, una **no-persona** que no forma parte de la sociedad, por lo que no puede ser sujeto de derechos, sino solo mero objeto pasivo del ordenamiento jurídico, en función de los intereses colectivos de dicha sociedad. Jakobs considera que “sólo es persona quien ofrece una garantía cognitiva suficiente de un comportamiento personal.”³⁷

Así, el jurista alemán defiende la distinción entre el ciudadano y el enemigo; y la **guerra** entre el Estado y la no-persona (enemigo), sobre el extremo de que: “un individuo que no admite ser obligado a entrar en un estado de ciudadanía no puede participar de los beneficios del concepto de persona. Y es que el estado de naturaleza es un estado de ausencia de normas, es decir, de libertad excesiva tanto como de lucha excesiva. Quien gana la guerra determina lo que es norma, y quien pierde ha de someterse a esa determinación.”³⁸

Un ejemplo muy característico de los **enemigos** que plantea Jakobs, lo constituyen los terroristas, comprendidos tanto los individuos que fundan dichas organizaciones criminales, como aquellos que se integran a las mismas, incluso aunque no hayan cometido ni participado de la comisión de delito alguno. Para el jurista, las organizaciones terroristas son aquellas que buscan destruir o desestabilizar mediante el

³⁷ http://www.fder.edu.uy/contenido/penal/pdf/2010/derecho-penal-del-enemigo_aller.pdf. Aller, Germán. **El derecho penal del enemigo y la sociedad del conflicto**. Pág. 3. Consulta electrónica: 07-02-2015.

³⁸ Jakobs, Günther y Cancio Meliá, Manuel. **Ob. Cit.** Pág. 40



recurso de la violencia el status quo político existente. Los terroristas, considera Jakobs, habrían perdido su condición social de personas y se habrían transformado en fuentes de peligro a neutralizar, a eliminar.

4.3. Características del derecho penal del enemigo

Para Jakobs, citado por Cancio Meliá "el derecho penal del enemigo se caracteriza por tres elementos: en primer lugar, se constata un amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir, que en este ámbito, la perspectiva del ordenamiento jurídico-penal es prospectiva (punto de referencia: el hecho futuro), en lugar de -como es lo habitual- retrospectivo (punto de referencia: el hecho cometido). En segundo lugar, las penas previstas son desproporcionadamente altas: especialmente, la anticipación de la barrera de punición no es tomada en cuenta para reducir en correspondencia la pena amenazada. En tercer lugar, determinadas garantías procesales son relativizadas o incluso suprimidas".³⁹

En otras palabras, con la proposición de un derecho penal del enemigo se busca atacar al individuo por el hecho de su peligrosidad, desposeyéndolo de sus derechos como persona, tratando de eliminarlo del estadio social.

³⁹ Jakobs, Günther y Cancio Meliá, Manuel. **Ob. Cit.** Pág. 79.



“Jakobs, de manera congruente con su postura respecto a la finalidad del derecho penal como garantizador de expectativas conforme a roles y de la prevención general positiva, sostiene dos polos o tendencias de sus regulaciones... La polaridad aparece tanto en el derecho penal sustantivo como en el procesal. Se acentuarán los rasgos ya existentes en el derecho adjetivo del ciudadano como la prisión preventiva, con otras tales como la incomunicación, las intervenciones de las telecomunicaciones, intervención de investigadores encubiertos, etc. Las medidas aplicables están dentro del derecho, pero los imputados, dice Jakobs, son excluidos de su derecho. Las regulaciones más extremas se dirigen a la eliminación de riesgos terroristas, aquí la incomunicación, el asesinato o la muerte de inocentes (daño colateral) serán parte del procedimiento de guerra en que el Estado en donde se cometieron hechos como el atentado del 11 de septiembre de 2001, con la ayuda de otros, intenta destruir la fuente de peligros futuros. Se autoriza una imposición anticipada de pena ya que como claramente resume el autor, en el derecho penal del enemigo la función manifiesta de la pena es la eliminación de un peligro, en oposición al derecho penal del ciudadano en donde lo es la contradicción.”⁴⁰

Jakobs, a manera de recurso retórico, expone que el “derecho penal del enemigo no en todo caso pretende ser peyorativa. Ciertamente, un derecho penal del enemigo es indicativo de una pacificación insuficiente; sin embargo, ésta no necesariamente debe achacarse siempre a los pacificadores, sino puede que también a los rebeldes.

⁴⁰ <http://www.lettrasjuridicas.com/Volumenes/11/espinoza11.pdf>. Espinoza Torres, María del Pilar. **El derecho penal del enemigo**. Pág. 3.-Consulta electrónica: 07-02-2015.



Además, un derecho penal del enemigo al menos implica un comportamiento desarrollado con base en reglas, en lugar de una conducta espontánea e impulsiva.”⁴¹

El tratadista argumenta que tal tendencia penal no puede atribuírsele al ente legislador, sino más bien, lo concibe como una respuesta punitiva del Estado frente a la criminalidad, derivada y achacable solamente a la conducta incontrolable del delincuente o rebelde (enemigo) y su peligrosidad social. Porque, afirma que: “en aquellos casos en los que la expectativa de un comportamiento personal es defraudada de manera duradera, de modo decidido, disminuye la disposición a tratar al delincuente como persona, y donde ya no se trata de compensar un daño, sino de la eliminación de un peligro, el de quien amenaza constantemente al estado.

En esa misma línea, el jurista Cuauhtémoc de Dienheim aborda la conceptualización de este derecho, apoyado en la exposición de Jakobs y añade: “Otros aspectos característicos de este derecho penal del enemigo son los siguientes: mientras que en el derecho penal ordinario la función manifiesta de la pena es la contradicción (la presentación de pruebas en igualdad de condiciones entre las partes del proceso –el Ministerio Público y la defensa de la persona sometida a proceso), en el derecho penal del enemigo se busca la eliminación de un peligro, por ello quien se conduce de modo “desviado” no ofrece al Estado o a la sociedad – dice Jakobs – garantía de comprender las normas que rigen el comportamiento personal y, por esto, justifican, el sujeto no

⁴¹ Jakobs, Günther y Cancio Meliá, Manuel. **Ob. Cit.** Pág. 22.



debe ser tratado como ciudadano sino que debe ser combatido como enemigo, excluido del goce y ejercicio de los derechos de y los demás.

El derecho penal del enemigo optimiza la protección de bienes jurídicos en tanto que el derecho penal de ciudadanos optimiza las esferas de libertad. Cuando el derecho penal del enemigo entra en acción, el Estado ya no dialoga con sus ciudadanos para mantener la vigencia de la norma, sino que combate a sus enemigos, es decir combate peligros, por lo que en él la pena se dirige al aseguramiento frente a hechos futuros y no a la sanción de hechos cometidos.”⁴²

Al tenor de lo que expone Campderrich, analizando el contenido de la propuesta de la doble dimensión que debería tener la regulación penal, según Jakobs: “un derecho penal ordinario, o “derecho penal del ciudadano”, el cual se debe ajustar a los principios del estado de derecho, y una regulación “técnica” del ejercicio sistemático de la violencia estatal dirigida a la neutralización del peligro que representan para la sociedad ciertos individuos, o “derecho penal del enemigo”, el cual se ha de regir exclusivamente por la idea de necesidad al margen de los principios del estado de derecho, es decir, por un criterio de eficacia en la adopción de medios para combatir y neutralizar fuentes de peligro. Por consiguiente, la segunda vertiente de la regulación de la represión penal estatal defendida por la doctrina del “derecho penal del enemigo” no es, según Jakobs,

⁴² <http://www.revistafolios.mx/articulos/derecho-penal/maximizacion-del-derecho-penal-y-derecho-penal-del-enemigo>. De Dienheim Barriguete, Cuauhtémoc. **Maximización del derecho penal y derecho penal del enemigo**. Consulta electrónica: 06-02-2015.



una verdadera regulación jurídica, no es un sector del derecho positivo en el cual aparezcan recogidos y tengan una posición central valores axiológicos positivizados, derechos subjetivos garantizados o intereses legítimos reconocidos, sino una mera reglamentación “técnica” cuyo objetivo es combatir con eficacia y liquidar ciertos tipos de riesgos existentes en nuestras sociedades, los riesgos dimanantes de determinados individuos peligrosos. Según Jakobs, “derecho penal del ciudadano” y “derecho penal del enemigo” deben mantenerse como dos ámbitos separados, sin contaminaciones mutuas.”⁴³

Jakobs sostiene que en mayor o menor grado, muchas legislaciones penales recogen improvisadamente leves rasgos del derecho penal del enemigo en forma desordenada o no delimitada, sin que esto deslegitime sus normas y sentencia que un derecho penal del enemigo claramente delimitado y definido representa menos riesgos, desde la perspectiva del Estado de derecho, que entremezclar todo el derecho penal con fragmentos de normas o consideraciones propias del derecho penal del enemigo. Además señala que un derecho penal del enemigo al menos implica un comportamiento del Estado regulado conforme a reglas preestablecidas, en lugar de una conducta espontánea e impulsiva. Propone el derecho penal del enemigo, como una parte especial dentro del ordenamiento jurídico frente a la dimensión del perfil patológico de perversión y criminalidad del enemigo.

⁴³ <http://www.ub.edu/demoment/jornadasfp/PDFs/8-Jakobs&Yoo.pdf>. Campderrich, Ramón. **Ciudadano versus enemigo no-persona: Las ideas antigarantistas de Günther Jakobs y John Yoo**. Pág. 2. Consulta electrónica: 05-02-2015.



4.4. Refutaciones al derecho penal del enemigo

4.4.1. El derecho penal del enemigo es incompatible con el Estado constitucional de derecho

- Muñoz Conde

Muñoz Conde se refiere al derecho penal del enemigo, entendido como “el conjunto de normas penales sui géneris aplicables para un tipo de delincuente, inicialmente para autores de delitos económicos, pero últimamente a quien comete hechos terroristas, de narcotráfico, o es autor de delitos de delincuencia organizada. Serían reglas diferentes a las del derecho penal normal o aplicables al ciudadano “normal”, infractor de otros ilícitos, el cual sí contaría con los derechos y garantías reconocidas por el derecho penal moderno consignadas en las constituciones y convenios internacionales. Se trataría de dos derechos penales distintos y con distintas finalidades o funciones, comprendidos en un mismo ordenamiento o bien en leyes especiales. El enemigo, se dice, sería una “no persona”, por lo tanto no puede ser tratado como tal. Se podría, advierte, llegar a los extremos de autorizar torturas para lograr la confesión o delación de cómplices. Los términos y derechos quedarían suspendidos a conveniencia de la autoridad.”⁴⁴

⁴⁴ <http://www.letrasjuridicas.com/Volumenes/11/espirtosa11.pdf>. Espinosa Torres, María del Pilar. **El derecho penal del enemigo**. Pág. 1. Consulta electrónica: 13-01- 2015.



Dicho autor dice "sui géneris" infiriendo que se establece una diferencia primaria (muy delicada, por cierto) entre dos clases de individuos que enmarcan su conducta con los tipos penales previstos: apartando a quien pierde la categoría de persona (el enemigo) y el resto (ciudadanos comunes), otorgándoles un derecho penal distinto (es decir, tipos penales, reglas y sanciones distintas) a uno y otros. Por lo que el individuo considerado enemigo, será desposeído y naturalmente violentado en sus derechos fundamentales, garantías y procedimientos legales establecidos para todos los demás ciudadanos.

Muñoz Conde, citando los informes realizados por Mezger para el Tercer Reich, sobre un proyecto de ley para el tratamiento de "Extraños a la Comunidad" denota con más precisión las similitudes señaladas de los postulados del derecho penal del enemigo y los del régimen nacionalsocialista. Algunos matices del informe en cuestión señalan:

"En el futuro habrá dos (o más) "derechos penales":

- Un derecho penal para la generalidad (en el que en esencia seguirán vigentes los principios que han regido hasta ahora), y



- Un derecho penal (completamente diferente) para grupos especiales de determinadas personas, como, por ejemplo, los delincuentes por tendencia. Lo decisivo es en qué grupo debe incluirse a la persona en cuestión... Una vez que se realice la inclusión, el “derecho especial” (es decir, la reclusión por tiempo indefinido) deberá aplicarse sin límites.”⁴⁵

- Gracia Martín

En la crítica contra el planteamiento teórico del derecho penal del enemigo, Gracia Martín considera que éstas no pueden ni deben dirigirse a una incoherencia interna de su propuesta, pues si algo tiene es precisamente una coherencia sistémica. Indica que lo que se critica a manera de refutación, son las consecuencias jurídicas de dicha teoría. En un primer plano, la primera crítica, que en mayor grado es compartida por diversos autores, la constituye la aproximación del derecho penal del enemigo, a los regímenes totalitarios, específicamente con los lineamientos del nacionalsocialismo, cuya esencia respecto del delito, consideraba que éste es una infracción de un deber y no la lesión de un bien jurídico como se considera en el derecho penal liberal. Para el autor, el problema troncal del derecho penal del enemigo, lo constituye la posibilidad de legitimar reglas de actuación estatal, cuya aplicación conlleva graves afectaciones a la libertad de sus destinatarios, al ir más allá de los límites que impone la condición y el

⁴⁵ http://www.tesis.uchile.cl/tesis/uchile/2008/de-ramirez_t/html/index-frames.html. Ramírez Hermosilla, Tomás. **Análisis crítico del “derecho penal del enemigo”**. Pág. 20. Consulta electrónica: 10-02-2015.



reconocimiento jurídico de persona; lo cual supone una mera coacción o amenaza por parte del Estado.

La principal refutación de Gracia Martín versa sobre la pérdida de la libertad como derecho fundamental de toda persona, la que se desestima y debilita al constituirse un derecho penal del enemigo y la consiguiente deslegitimación de la norma jurídico penal, en pos de la seguridad que debe procurar el Estado. Lo cual, a su juicio solo es posible en un Estado autoritario.

- Cancio Meliá

De acuerdo con Manuel Cancio Meliá “El derecho penal del enemigo es una contradicción de términos, un concepto que sirve para describir un ámbito de las normas penales, pero solo parte nominal del sistema jurídico positivo.”⁴⁶

Refiere el contexto de **expansión**, el cual, como se ha mencionado anteriormente, parece ser el rumbo adoptado por el derecho penal moderno, específicamente se refiere a la criminalización previa a la lesión de bienes jurídicos acompañada de penas muy altas, conduciendo a un derecho penal de la puesta en riesgo, de rasgos

⁴⁶ <http://www.letrasjuridicas.com/Volumenes/11/espinoza11.pdf>. Espinoza Torres, María. **El derecho penal del enemigo**. Pág. 3. Consulta electrónica: 10-02-2015.

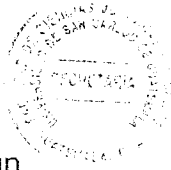


antiliberales o autoritarios. El profesor advierte dos vertientes, que considera nucleares en el derecho penal del enemigo, las cuales caracteriza bajo las denominaciones **derecho penal simbólico** que tiene como fin un efecto tranquilizador a través de normas meramente promulgadas y no destinadas a una aplicación práctica, y el **resurgir del punitivismo**, que busca precisamente tanto la introducción de nuevas normas penales que sí sean aplicadas, como la intensificación de la aplicación de las normas ya vigentes.

En cuanto a la diferenciación de los “enemigos, se apoya en los ejemplos de los terroristas y narcotraficantes, y explica que esa estigmatización de enemigos, obedece no tanto a la gravedad delictiva que dichos delitos suponen, sino más bien porque se refieren al quebrantamiento de normas que versan sobre configuraciones sociales esenciales, pero especialmente vulnerables. Toma el caso del narcotráfico y refiere que el punitivismo, v. g., en materia de drogas arranca de la debilidad de la fundamentación axiológica y la poca efectividad de las políticas respectivas; en materia de crimen organizado, de su capacidad de infiltración en el tejido político y económico, amenazando al propio sistema institucional, etcétera.”⁴⁷

De acuerdo con el autor, la identificación del enemigo se dirige a la caracterización de éste como un individuo archimalvado, y que no trata de la neutralización del mismo, sino de atribuir facultades a quien debe combatirlo por perverso e incontrolable.

⁴⁷ Ríos Álvarez, Rodrigo. **Manifestaciones del derecho penal del enemigo en la ley No. 20.000**. Pág. 19.



Cuestiona de la misma manera la legitimidad de normas de ese tipo dentro de un sistema jurídico, argumentando su inconstitucionalidad, su falta de prevención policial-fáctica de delitos, y como último argumento, el que no estabiliza normas (prevención general positiva), sino demoniza determinados grupos de infractores. Por último, dicho sea de paso, concibe al derecho penal del enemigo, no como derecho, sino como una manifestación de fuerza estatal.

- Zaffaroni

El ilustre penalista argentino es tajante al afirmar que el derecho penal del enemigo es totalmente incompatible con un Estado constitucional de derecho. Pues un "trato diferenciado provoca una contradicción entre la doctrina penal (y alguna filosofía política de ilustre prosapia), por una parte, y la teoría política del estado constitucional de derecho por la otra, debido a que la última no lo admite ni siquiera en una situación bélica clara, pues implicaría abandonar el principio del estado de derecho y pasar al de policía, que se deslizaría muy rápido hacia el estado absoluto."⁴⁸

Zaffaroni objeta el tratamiento diferenciado dirigido al enemigo, apuntando directamente a la consideración peligrosidad atribuida a las no personas, como el más grave de los planteamientos del derecho penal del enemigo, lo cual representa la primera

⁴⁸ Zaffaroni, Eugenio Raúl. **El enemigo en el derecho penal**. Presentación



ilegitimidad de la cual se desprenden las demás incompatibilidades del derecho penal del enemigo con el Estado constitucional de derecho.

“Por mucho que se matice la idea, cuando se propone distinguir entre ciudadanos (personas) y enemigos (no personas), se hace referencia a humanos que son privados de ciertos derechos individuales en razón de que se dejó de considerarlos personas, y esta es la primera incompatibilidad que presenta la aceptación del hostis en el derecho con el principio del estado de derecho...No es la cantidad de derechos de que se priva a alguien lo que le cancela su condición de persona, sino la razón misma en que se basa esa privación de derechos, es decir, cuando se lo priva de algún derecho sólo porque se lo considera puramente como ente peligroso.”⁴⁹

Concluye que si el derecho penal siempre ha acogido y aceptado la figura del enemigo y ante la incompatibilidad de éste con el Estado de derecho, lo que realmente correspondería es una readecuación o ajuste del derecho penal que lo compatibilice con la teoría política de un Estado constitucional de derecho, depurándolo de los componentes propios del estado de policía, incompatibles con sus principios.

⁴⁹ Ibíd. Pág. 18.



4.4.2. El derecho penal del enemigo como elemento significativo de la expansión de un derecho penal ilimitado.

- Schüneman

El profesor alemán dirige su discurso a la diferenciación que propugna la tesis de Jakobs entre un derecho penal dirigido al ciudadano y un derecho penal del enemigo. Sostiene, en primer lugar que semejante distinción ideal, no se da de manera pura en la realidad y que la misma, se presenta de manera combinada, dependiendo de las decisiones políticas o ideológicas de cada Estado. Añade que dicha diferenciación representa una anulación plena de la calidad de sujeto de derecho de todo aquel individuo a quien el poder estatal haya señalada como enemigo, esboza como ejemplo los casos de Estados Unidos de América e Israel, en relación con su proceder en Guantánamo y Palestina, respectivamente. En segundo lugar, se manifiesta sobre el hecho de que tratar al enemigo como **no persona** reduce a éste a ser sujeto del trato que solo podría darse a un animal salvaje, cuyo análisis a juicio suyo, debe centrarse en el reproche al Estado y no al presunto terrorista, puesto que el Estado al hacer uso de la fuerza en estas condiciones, para combatir este tipo de peligros, estaría cayendo en ese nivel de **animal salvaje**, perdiendo de esta manera, legitimidad en su actuación.

Otra de las críticas que hace el connotado jurista se enfoca en determinar que el énfasis de la normativa jurídico penal no debe ser sobre el sujeto (enemigo), sino en el



peligro específico derivado de a conductas delictivas, peligro que en definitiva requiere de acciones determinadas por parte del Estado para combatirlo. Es decir, que puede ser justificable la adopción de ciertas medidas del derecho penal del enemigo, pero sólo en la medida en que dicha justificación se base en al carácter del delito realizado, más no así, cuando la decisión de adoptar tales medidas se base exclusivamente en el carácter de peligroso del sujeto –el enemigo- que realiza tal conducta, o bien que se dispone a realizarla. Aborda de cierta manera el tema del **derecho penal de autor** que envuelve la propuesta de Jakobs, sobre lo que plantea que el derecho Penal y por consiguiente las políticas criminales deben enfocarse en el peligro que conlleva el delito cometido y no en la condición de peligrosidad del individuo que aún no comete delito alguno.

Refuta también lo dicho por Jakobs, en cuanto a que el enemigo es aquel individuo que se ha apartado de manera prolongada y decidida del derecho. Lo cual, para Schüneman es sencillamente imposible y lo ejemplifica con el caso extremo en que “un jefe de la mafia puede ser un marido y padre que atiende las disposiciones del derecho de familia”⁵⁰, mostrando así, cómo un delincuente -que podría ser catalogado como enemigo- en otros ámbitos de su condición de persona sí cumple satisfactoriamente con las expectativas normativas que sobre él recaen, lo que echa abajo, ya sea a nivel fáctico o bien a nivel psicológico, el discurso sistémico de Jakobs, de que existen individuos (no personas) orientadas de manera general o total en contra del derecho.

⁵⁰ Ríos Álvarez, Rodrigo. *Ob. Cit.* Pág. 34.



Por último apunta que el derecho penal moderno debiera de evolucionar, en relación con la evidente modernización del delito y la criminalidad, y no retroceder en cuanto a derechos y garantías alcanzados.

- Kindhäuser

Urs Kindhäuser plantea que mediante el derecho penal del enemigo, no se busca nada más que aplacar las enormes falencias del derecho penal moderno. El alemán señala que el “derecho penal se diferencia del derecho de policía orientado a la anticipación y evitación del peligro en que no ve al autor como fuente de peligro, sino cómo persona que ha de considerarse capaz de poner en cuestión la validez de las normas.”⁵¹ Sobre lo dicho, “hace la advertencia que todo lo que subyace a la garantía de la seguridad “de entrada, es genuino derecho de policía”... Lo cual per se no garantiza un aumento en los grados de seguridad, o inversamente visto, una disminución de la sensación de inseguridad, pero por otra parte sí se puede afirmar con certeza que esta manera de afrontar los peligros implica aumentar los ámbitos del actuar policial en una sociedad.

Luego, Kindhäuser, reparando directamente en la expresión “derecho penal del enemigo”, señala que constituye una conceptualización altamente imprecisa y equívoca... La eventual necesidad de lograr seguridad tratando a autores como no personas se opondría normativamente al postulado elemental de una protección

⁵¹ Ibíd. Pág. 35.



irrestringida de la dignidad humana”, además, se pasaría por alto una de las tareas esenciales del derecho penal, a saber, procurar la integración social.”⁵²

Es así como el autor ataca el fondo del asunto, específicamente sobre la legitimidad del derecho penal del enemigo, o más bien lo deslegitima, otorgándole a sus presupuestos la calidad de derecho de policía, asimismo pone en duda la eficacia de su aplicabilidad, cotejando la seguridad o la percepción de seguridad en la sociedad que sería provista, con el adelantamiento propuesto a los posibles peligros versus la protección de la dignidad humana de cada individuo ante el Estado, con respecto de esa diferenciación entre ciudadanos y no personas, al menoscabar derechos de éste último, además de señalar de peligrosa y confusa dicha diferenciación entre unos y otros.

- Otros autores

Para el tratadista Luigi Ferrajoli, la de Jakobs es “una ideología de la legitimación apriorística tanto del derecho penal como de la pena, (...) dicha doctrina se acompaña inevitablemente de modelos de derecho penal máximo e ilimitado, programáticamente indiferentes a la tutela de los derechos de la persona”⁵³

⁵² Ríos Álvarez, Rodrigo. **Ob. Cit.** Pág. 36.

⁵³ *Ibíd.* Pág. 22



Una de las críticas más duras es la que realiza Santiago Mir Puig, quien se muestra reacio a la propuesta del derecho penal del enemigo, al considerar que ésta no tiende sino a una valoración restrictiva respecto del funcionalismo sistemático, obviando de esa manera todo los elementos valorativos que encierra el tema del derecho penal y hace referencia directa a los límites del poder punitivo con que cuenta el Estado para reprimir el delito; los que considera obviados o infravalorados por dicha propuesta jurídica. El maestro Mir dice que la propuesta de Günther Jakobs “contempla el derecho como un sistema normativo cerrado, autorreferente, y limita la dogmática jurídico-penal al análisis normativo funcional del derecho positivo, con exclusión de consideraciones empíricas no normativas y de valoraciones externas al sistema jurídico-positivo”, planteamiento que “no es científicamente necesario y priva de límites al poder punitivo del Estado”. Además, respecto de su metodología científica indica que no es siempre consecuente con esta “e introduce con frecuencia valoraciones no deducibles de la ley.”⁵⁴

Cuahtémoc de Dienhem advierte una incompatibilidad sustancial entre el derecho penal del enemigo y un Estado constitucional de derecho y sostiene su argumento sobre la pérdida convenida, del reconocimiento jurídico de “persona” como una violación a un derecho fundamental; sostiene que “Al negar el carácter de personas a algunos individuos, el derecho penal del enemigo se desnaturaliza como derecho y se constituye como un simple ejercicio de coacción y de fuerza, lo cual le deslegitima e

⁵⁴ Ibíd. Pág.22



invalida totalmente, pues ello implica una contradicción insalvable con la idea de dignidad como pilar de los derechos humanos que sustentan las normas constitucionales y la legitimidad del poder de todo Estado moderno.”⁵⁵

4.5. Posturas a favor del derecho penal del enemigo

- Piña Rochefort

El jurista, en primer término, sitúa su análisis en el conflicto que pueda surgir de éste respecto del principio de igualdad, diciendo, de forma razonable que nos encontramos ante una etapa del derecho penal en la que se hace innegable la presencia del derecho penal del enemigo, y que esto obedece a la reconfiguración periódica que sucede en todo sistema jurídico penal, y manifiesta, que los cuestionamientos que autores puedan realizar sobre la manifestación del derecho penal del enemigo dentro del derecho penal, serán desvanecidos en un futuro cercano, atendiendo a la evolución constante del derecho penal. Sobre la crítica que realizan otros autores sobre que el derecho penal del enemigo constituye un derecho penal de autor, refiere que si éste es un derecho penal de autor es porque el derecho penal se está reacondicionando en torno a un derecho penal de Autor, es decir que solo obedece a las necesidades y objetivos del moderno derecho penal. Defiende la diferenciación entre persona y enemigo, exponiendo que la estructura del primero se ha estado reconfigurando desde el

⁵⁵ <http://www.revistafolios.mx/articulos/derecho-penal/maximizacion-del-derecho-penal-y-derecho-penal-del-enemigo>. De Dienheim Barriguete, Cuauhtémoc **Ob. Cit.** Consulta electrónica: 06-02-2015.



momento en que se reconoció al **hostis**, y que éste último debe ser comprendido como la excepción del concepto de persona. Piña deja claro que el derecho penal del enemigo, no debe ser entendido como un derecho penal excepcional, una desvirtuación o situado fuera de los límites del derecho penal, sino más bien en lo que está configurando éste último, por lo tanto legítimo, y concluye en que éste no está dirigido a las no personas, pues éstas son la excepción de lo que debemos entender con el concepto de personas que el Estado reconoce a los individuos.

- **García Caveró**

Percy García Caveró, se refiere al trato que se le da al enemigo en relación con la función cognitiva que está detrás de dicha relación, precisando que al delincuente no se le trata como un mero objeto peligroso o como aquel a quien el Estado le ha declarado la guerra. Considera que la relación entre el enemigo y el Estado deberá estar siempre proveída de legalidad y juridicidad, es decir, no se desarraigará de un proceso penal con garantías mínimas, que la declaración de culpabilidad deberá ser realizada inequívocamente por un juez competente y el cumplimiento de la pena, atenderá a lo previsto por la norma relativa al cumplimiento de las penas. Así, señala, "que aquel delincuente que infringe las condiciones básicas para la convivencia pacífica entre ciudadanos (terrorista, narcotraficante, secuestrador, violador o funcionario corrupto) puede ver restringidos ciertos derechos fundamentales precisamente por su renuncia al estatus de ciudadano, pero de ninguna forma puede desprenderse de su calidad de



persona que obliga al Estado a tratarlo como un ser con dignidad. En este sentido, los llamados enemigos no pueden ser considerados no-personas frente a los que se puede reaccionar de cualquier forma con la finalidad de eliminar su carácter de fuente de peligro. Entonces un derecho penal del enemigo será legítimo sólo en la medida que sea excepcional, y dentro de esa excepcionalidad se respeten los derechos consagrados a nivel constitucional. Luego, el respeto de estos derechos constitucionales no es obstáculo para que pueda aceptarse una restricción en el ejercicio de los mismos, en la medida que dicha restricción sea razonable y se respete el contenido esencial de dichos derechos. Para finalmente concluir, que “es evidente que aquellos delincuentes que se muestran claramente orientados a destruir las bases de la convivencia ciudadana pacífica no pueden luego invocar su ciudadanía para un tratamiento penal más benigno o rodeado de garantías. Si debemos honrar al delincuente como ser racional, debemos tratarlo de forma coherente con el sentido de su actuación: la renuncia a su ciudadanía. Esta renuncia, sin embargo, no permite disponer de lo indisponible: su calidad de persona.”.⁵⁶

El tratadista García Cavero, a diferencia de Piña Rochefort defiende la legitimidad del derecho penal del enemigo, argumentando su excepcional, y afirma que no se pretende con él, despojar de un modo total o autoritario al delincuente de los derechos y garantías que le asiste como persona, condición que el enemigo únicamente perderá relativamente, pero espeta que al individuo (enemigo) que no procura ceñirse a las

⁵⁶ Ríos Álvarez. *Ob. Cit.* Pág. 56



normas jurídico penales no debe ser tratado con las consideraciones o el respeto que les son propios a los ciudadanos.

- Schilling Fuenzalida

Este teórico refiere ocho premisas, como base definitoria del planteamiento jurídico-filosófico del derecho penal del enemigo: "El derecho penal del ciudadano y el derecho penal del enemigo se yuxtaponen como dos tendencias de un mismo derecho penal; El derecho penal del enemigo es indicativo de una pacificación insuficiente tanto de los pacificadores como de los rebeldes; El derecho penal del enemigo es, en todo caso, derecho y no mera violencia estatal punitiva; En el derecho penal del enemigo se procede con medidas de seguridad más que penas. Se lucha contra un peligro, en lugar de comunicación; El Estado puede proceder de dos modos con los delincuentes: puede ver en ellos personas que han cometido un error, o individuos a los que hay que impedir mediante coacción que destruyan el ordenamiento jurídico; Quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no sólo no puede esperar ser tratado aún como persona, sino que el Estado no debe tratarlo como tal, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas; No todo delincuente es un enemigo; Los enemigos no son personas Schilling a partir de esta premisas –tomadas del planteamiento de Jakobs- busca la conexión de las mismas con el principio de responsabilidad desarrollado por Hans Jonas, intentando en definitiva (re)construir una tesis que permita legitimar el derecho penal del enemigo



desde la ética del Estado “en su rol de garante de la paz y seguridad individual de las personas”, y con especial énfasis en la prognosis de responsabilidad estatal en relación con las futuras generaciones. Aquí, sostiene Schilling, el riesgo ya no vendría dado por los avances tecnológicos, en los términos de una sociedad del riesgo en la nomenclatura de Beck, sino derechamente que el mismo provendría de una fuente social (no tecnológica) como lo sería la criminalidad contemporánea, lo cual redundaría en una reformulación del concepto de derecho penal del enemigo desde una “dimensión ético-política”⁵⁷.

El planteamiento de Schilling, defiende la legitimidad del derecho penal del enemigo, pues considera que éste no constituye una simple violencia estatal punitiva y que, bien puede coexistir jurídicamente y en forma simultánea con un derecho penal aplicado al ciudadano (pues no todo delincuente es un enemigo). Asimismo dictamina que éste responde a una insuficiencia del derecho penal liberal, la cual no es producto de los riesgos tecnológicos y globales que trascienden en la denominada sociedad de riesgos, sino más bien por la criminalidad moderna y que, en defensa del derecho a la seguridad de todas las personas el Estado, en algunos casos, ya no puede simplemente comunicarse con el enemigo, quien por su eminente peligrosidad y apartamiento del derecho no debe ser considerado como persona, y por tanto ya no debe ser tratado como tal.

⁵⁷ Ibíd. Pág. 57.



4.6. Algunas manifestaciones del derecho penal del enemigo en la legislación guatemalteca

- Ley Contra la Narcoactividad

A partir de su adhesión al Convenio para la supresión del tráfico ilícito de drogas nocivas, Ginebra, 26 de junio de 1936, el Estado de Guatemala ha ratificado varios tratados internacionales en materia de combate al narcotráfico. En 1992 se crea el primer cuerpo legal normativo específico para esta materia, promulgándose la Ley Contra la Narcoactividad, Decreto número 48-92 del Congreso de la República de Guatemala.

Por medio de esta ley se busca combatir las actividades de tráfico, comercialización y consumo ilícitos de drogas y estupefacientes, así como todas las repercusiones que de éstas se derivan, dentro del territorio guatemalteco, en la búsqueda de cumplir con el deber, que tiene Guatemala como Estado, de garantizar la vida, la integridad y la salud de sus habitantes. No obstante, en el afán de alcanzar dichos fines, se han creado y utilizado ciertas herramientas, obviando en ocasiones los límites establecidos por el derecho penal garantista moderno. En el caso específico de la Ley Contra la Narcoactividad, se perciben algunas trazas propias del derecho penal del enemigo.



Esta ley contiene en una identificación previa y muy específica de autores, para los delitos regulados por la misma, considerando imputables a las personas jurídicas sociales y como autores, a las personas que emitieren promesas anteriores a la perpetración del hecho delictivo, en un claro adelantamiento de la actuación penal estatal, persiguiendo y penando acciones previas a la materialización del delito.

Asimismo, se establecen medidas de seguridad para los delincuentes reincidentes, con el objeto de **contener peligros**, sobre la base de presunciones de reiteraciones de delitos a futuro.

Un elemento característico más de la incorporación del derecho penal del enemigo en esta ley, lo constituye por una parte la creación de nuevos tipos penales, y por otra, la imposición de penas exageradamente altas y desproporcionadas respecto del daño causado por la conducta que se busca repeler y castigar. Como ejemplo: el caso del delito de Comercio, Tráfico y almacenamiento ilícito, sancionado con prisión de doce a veinte años, lo cual constituye un aumento exagerado de la pena en comparación con los tres a cinco años de prisión que regulaba el artículo 307 del Código penal, Decreto 17-73 (ley anterior), para sancionar el mismo delito.

En una clara violación al principio de presunción de inocencia, el artículo 46 reza: "Presunción. Para los efectos de esta ley, se establece la presunción de que el dinero o



producto proviene de transacciones derivadas de los delitos a que se refiere esta ley, cuando se hayan adquirido o negociado en un plazo de tres años anteriores al procesamiento respectivo...” Es decir, se presume la ilegalidad. No existe una sentencia previa que declare tal ilegalidad sobre los bienes del sindicado, ante lo cual éste último debe probar lo contrario, lo que constituye a su vez, una inversión de la carga de la prueba, contraria a los principios del derecho penal.

- Ley Contra la Delincuencia Organizada

Esta ley crea la figura delictiva de conspiración, castigando penalmente el hecho de concertarse para la comisión de los delitos que en ella misma se especifican, independientemente de la comisión de tales delitos. En este caso, no se siguen las máximas del *lter criminis* y se sanciona doblemente un mismo hecho delictivo, una pena por el hecho de concertarse para cometer algún delito y otra más por la materialización de ese mismo delito como tal, ante lo cual puede percibirse un adelantamiento de la intervención del ente estatal y una doble penalización por el mismo hecho, constituyendo dos de los rasgos expansivos del derecho penal del enemigo.

De la misma manera, la Ley contra la Delincuencia Organizada establece en el artículo 4, numeral 1. La pena de seis a ocho años de prisión por el hecho de formar parte de asociaciones ilícitas, sin que para esto exista siquiera la comisión de algún delito, y para lo cual dispone una identificación de estas asociaciones ilícitas y grupos delictivos u



organizaciones criminales, es decir, una plena diferenciación entre el “enemigo” y el delincuente común, persiguiendo (métodos especiales de investigación que van más allá de los límites del derecho penal) y castigando penalmente de forma distinta a unos y otros (drasticidad desproporcionada).

De los puntos más debatibles y característicos contenidos en esta ley, están los métodos especiales de investigación, específicamente la interceptación de comunicaciones telefónicas.

Al respecto, el artículo 48. Establece que “Cuando sea necesario evitar, interrumpir o investigar la comisión de los delitos regulados en los artículos 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10 y 11 de la presente ley, podrá interceptarse, grabarse y reproducirse, con autorización judicial, comunicaciones orales, escritas, telefónicas, radiotelefónicas, informáticas y similares que utilicen el espectro electromagnético, así como cualesquiera de otra naturaleza que en el futuro existan. Se entenderá que existe necesidad de la interceptación de las comunicaciones cuando, los medios de investigación realizados demuestren que en los delitos cometidos por miembros de grupos delictivos organizados se estén utilizando los medios de comunicación establecidos en la presente Ley.” El primer rasgo del derecho penal del enemigo que se advierte, respecto de las interceptaciones telefónicas y otros medios de comunicación lo constituye el hecho de establecer esta medida para “evitar” la comisión de los delitos que agrupa la mencionada ley. Ante tal extremo, puede reafirmarse, que la actividad delictiva y los



índices delincuenciales se deben prevenir y reducir, respectivamente mediante políticas públicas (como medio de control social institucionalizado de acción); los medios de investigación únicamente deben ponerse en marcha ante la comisión previa o presunción de la comisión de un delito, no como una forma de evitar que se cometa un delito (Medio de control social de reacción institucionalizada).

Este método de investigación fue normado mediante el Acuerdo Gubernativo No. 188-2007, Reglamento para la Aplicación del Método Especial de Investigación de Interceptaciones Telefónicas y otros medios de Comunicación. Para la aplicación y admisión de estos medios, previamente debe existir autorización judicial, cuando sea el único medio viable para la obtención de los elementos necesarios para la acusación y solo en casos excepcionales. No es admisible la colocación de dispositivos en las residencias de las personas, o en los teléfonos residenciales. No obstante lo anterior, el método de las interceptaciones telefónicas constituyen una violación al derecho fundamental a la intimidad y privacidad de las personas, dirigido a un reducido número de delitos, o más bien, a ciertos autores específicos, exacerbación propia del derecho penal del enemigo.

- Ley de Extinción de Dominio

Con el objetivo de crear un cuerpo normativo que contuviera las herramientas y los elementos necesarios para establecer y ejecutar el procedimiento legal para incautar



todos aquellos bienes que por haber sido obtenidos directa o indirectamente en forma ilícita, no se adquirieron en legítima propiedad y por lo tanto pertenecen al Estado, se promulgó la Ley de Extinción de Dominio, Decreto 55-2010 del Congreso de la República de Guatemala. Contrario a lo que sucedió en los casos de Colombia y México, que optaron por reformar, desde sus cuerpos normativos constitucionales, las disposiciones jurídicas respecto del derecho de propiedad, con el objeto de dotar de legitimidad la aplicación de la extinción de dominio, en Guatemala no sucedió tal modificación en su derecho positivo, en virtud de lo cual, este cuerpo legal, y por consiguiente la Extinción de Dominio, carecen de bases jurídicas que legitimen su aplicación, lo que se traduce en ciertas maneras restrictivas y tergiversadoras al derecho fundamental de la propiedad. En este mismo sentido, dicha ley contiene violaciones a las garantías penales de presunción de inocencia, del debido proceso y el derecho de defensa.

Se debate sobre la legitimidad o inconstitucionalidad de la aplicación de la extinción de dominio, en el sentido que aquellos que la defienden sostienen que dichos bienes no se obtuvieron de forma lícita, por lo cual no existe propiedad como tal. Pero como se ha mencionado, en el caso de Guatemala no se modificó en forma alguna la legislación concerniente a la propiedad, por lo que la aplicación de dicha acción extintiva de dominio, resulta contraria a la Constitución Política de la República.



En relación con lo anterior, el artículo 39 de la Constitución Política de la República de Guatemala establece que el Estado reconoce y garantiza la propiedad privada como un derecho inherente a la persona humana, así como la libre disposición de todas las personas sobre sus bienes, de acuerdo con la ley. El mismo cuerpo constitucional, artículo 40, dispone que la propiedad privada sólo puede ser expropiada por el Estado por razones de utilidad colectiva, beneficio social o interés público debidamente comprobadas, y solo por medio del procedimiento regulado por la ley (ley de expropiación). No obstante, el Decreto 55-2010 establece que la Extinción de dominio es la pérdida a favor del Estado, de cualquier derecho sobre los bienes mencionados, y que se encuentren dentro de las causales estipuladas dentro de la misma ley, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna para su titular o cualquier persona que ostente o se comporte como tal. Estamos entonces ante una confiscación, la cual está expresamente prohibida, de acuerdo con el artículo 41 de la Ley Suprema del Estado. Lo que representa una clara inconstitucionalidad, pues, ante dicha privación del derecho a la propiedad, en todo caso se debiera de observar el procedimiento establecido constitucionalmente (expropiación), lo que no sucede y por lo tanto, existe una violación del debido proceso, al tiempo que la extinción de dominio sin la indemnización previa que ordena la ley, deviene en una confiscación, prohibida y violatoria del mandamiento constitucional.

Respecto de la violación a la garantía de presunción de inocencia que se advierte violentada, por la Ley de Extinción de Dominio, el "Artículo 6. Presunción legal. Para los



efectos de la presente Ley, se presume, salvo prueba en contrario, que los bienes, dinero, productos, frutos o ganancias que hayan sido adquiridos o negociados, en cualquier tiempo, y que estén sometidos o puedan estar sometidos a la acción de extinción de dominio, la cual debe estar fundamentada de acuerdo a lo establecido en los artículos 12 y 13 de la presente Ley, provienen de las actividades ilícitas o delictivas de que se trate.”

Es decir, se presume la comisión de un delito, la participación, responsabilidad e imputabilidad penal de una persona y por consiguiente la procedencia ilícita de sus bienes, sin haber sido citado, oído ni vencido en juicio previo. Constituyendo de tal forma, una violación a la garantía procesal en materia penal, de presunción de inocencia, la cual, requiere una actividad probatoria y la respectiva valoración de la prueba para ser desvirtuada, quebrantando del mismo modo, el principio del debido proceso y el derecho de defensa, puesto que se tiene por sentado legalmente, que los bienes objeto de la extinción de dominio son de procedencia ilícita, sin existir o independientemente de una sentencia previa, imponiendo al sujeto procesal (el enemigo) el deber de probar lo contrario, ya que el ente acusador cuenta con la potestad de afirmar la procedencia ilícita de los bienes, objeto de extinción de dominio, sin tener que probar tal extremo. Es decir, se invierte la carga de la prueba, lo que constituye un elemento absolutista y contrario al orden constitucional, propio del derecho penal del enemigo.





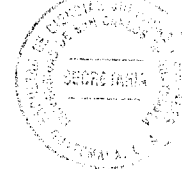
CONCLUSIONES

1. Dentro de los sistemas de control social, no se da la atención debida a las políticas públicas de prevención, como sistema de control de acción institucionalizado; la actividad estatal, en ese sentido, se ve enfocada únicamente en el derecho penal como sistema de control social de respuesta, no obstante que éste constituye la ultima ratio en la actividad estatal de contención criminal.

2. El derecho penal del enemigo propugna una distinción entre personas y no-personas, por medio de una declaración judicial sobre la peligrosidad de un individuo; y orientado a un estado de policía, propone el apartamiento social y definitivo de los individuos declarados peligrosos y enemigos del Estado, sin tomar en cuenta una sanción proporcional ni la reinserción social de éstos.

3. El derecho penal del enemigo presenta vulneraciones de derechos y garantías fundamentales sustantivas y procesales, de las personas despojadas de su calidad de ciudadanos, en cuanto al trato del estado para con ellos; lo que se traduce en un poder punitivo sin límites, bárbarico; y que además de ineficaz, representa una involución dentro del desarrollo científico del derecho penal.





RECOMENDACIONES

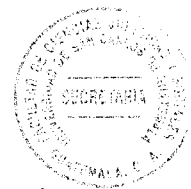
1. Un sistema penal efectivo debe basarse en la eficiencia e integración de cada uno de sus segmentos, lo cual solo se alcanzará a partir de políticas criminales de prevención; y no, únicamente, enfocado en los sistemas de control institucionales de respuesta, sobre el presupuesto de que resultan más funcionales, sustentables y efectivas las acciones de prevención que los mecanismos de respuesta punitivos.
2. No es conveniente implementar el derecho penal del enemigo, que propone la eliminación de **entes peligrosos**; en todo caso, con la aplicación del derecho penal se debe procurar el cumplimiento efectivo de los fines del proceso y las penas; por medio de condenas justas y proporcionales con el daño social causado, así como la reparación del mismo y la reinserción social del individuo que ha delinquido.
3. El Estado debe procurar la protección de las personas y el bien común, sin convertirse en un ente de represión ilimitada. Contraria a la propuesta del derecho penal del enemigo, debe fortalecerse el respeto de los derechos fundamentales dentro del derecho penal; por medio de normas legales y un proceso penal, acordes con un estado constitucional y democrático de derecho.





BIBLIOGRAFÍA

- ARROYO ZAPATERO, Luis, Neumann Ulfrid y Adán Nieto Martín. **Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo**. España: 1ª. ed. Ediciones de la Universidad Castilla-La Mancha, 2003.
- BUSTOS RAMIREZ, Juan y Hernán Hormazabal Malarée. **Lecciones de derecho penal**. Madrid, España: 1vol. Editorial Trotta, S.A. 1997.
- CANCIO MELIÁ, Manuel y Carlos Gómez-Jara Díez. **Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión**. Vol1. Buenos Aires, Argentina: Edisorfer, 2006.
- CORONA AGUIRRE, Liliana. **La participación ciudadana como parte integrante de la seguridad pública en México**. México: 2005.
- DE LEÓN VELASCO, Héctor Aníbal y José Francisco De Mata Vela. **Curso de derecho penal guatemalteco**. Parte general. Guatemala: Editorial Art Impresos, 1987.
- DE RIVACOBBA Y RIVACOBBA, Manuel. **Orden político y orden penal**. Revista chilena de derecho. No. 2, Chile: 1995.
- <http://criminet.ugr.es/recpc>. Vila Viñas, David. **Regímenes de valoración de riesgos en las políticas de seguridad y control contemporáneas. Líneas de emergencia y crítica**. Revista electrónica de ciencia penal y criminología. (Consultado: 20-09-2014).
- http://issuu.com/forojuridico/docs/fj__122__noviembre_2013. Moreno Melo, Manuel. **Principios del derecho penal**. Revista foro jurídico. (Consultado: 01-07-2014).
- http://raulplascencia.com/rpv/Docencia/Espacio_Acad%C3%A9mico/Teor%C3%ADa_del_Delito. Plascencia Villanueva, Raúl. **Teoría del delito**. (Consultado: 27-05-2014).
- http://www.avizora.com/publicaciones/derecho/archivos_varios/historia_derecho_penal_representantes.pdf. Quisbert, Ermo. **Historia del derecho penal a través de las escuelas penales y sus representantes**. (Consultado: 28-06-2014).
- <http://www.biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3390/2.pdf>. Olvera y Aguilar, Rubén Martín. **La expansión penal como política criminal del Código Penal para el Distrito Federal**. (Consultado: 10-02-2015).
- http://www.catedras.fsoc.uba.ar/pegoraro/Materiales/Janowitz_Teoria_Social_Control_Social.PDF. Janowitz, Morris. **Delito y sociedad**. (Consultado: 02-07-2014).



<http://www.criminet.ugr.es/recpc>. Díez Ripollés, José Luis. **La dimensión inclusión / exclusión social como guía de la política criminal comparada**. (Consultado: 20-09-2014).

<http://www.criminologiaysociedad.com/articulos/archivos/numero02/criminologia-control-social.pdf>. Orellana Wiarco, Octavio Alberto. **Criminología y control social**. Revista criminología y sociedad, Universidad Autónoma de Nuevo León. (Consultado: 20-09-2014).

http://www.fder.edu.uy/contenido/penal/pdf/2010/derecho-penal-del-enemigo_aller.pdf. Aller Maisonnave, Germán. **El derecho penal del enemigo y la sociedad del conflicto**. (Consultado: 07-02-2015).

<http://www.letrasjuridicas.com/Volumenes/11/espinoza11.pdf>. Espinoza Torres, María del Pilar. **El derecho penal del enemigo**. (Consultado: 07-02-2015).

<http://www.poderjudicialmichoacan.gob.mx/tribunalm/biblioteca/almadelia/Cap1.htm>. Marquez Valencia, Alma Delia. **La necesidad de contemplar los delitos informáticos en el código penal del estado de Michoacán**. (Consultado: 01-07-2014).

http://www.politicacriminal.cl/Vol_04/n_08/Vol4N8A3.pdf. Nuñez Leiva, José Ignacio. **Un análisis abstracto del derecho penal del enemigo a partir del constitucionalismo garantista y dignatario**. (Consultado: 10-02-2015).

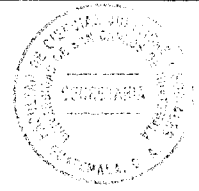
<http://www.revistafolios.mx/articulos/derecho-penal/maximizacion-del-derecho-penal-y-derecho-penal-del-enemigo>. De Dienheim Barriguete, Cuauhtémoc. **Maximización del derecho penal y derecho penal del enemigo**. (Consultado: 06-02-2015).

http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=40&Itemid=27. Zambrano Pasquel, Alfonso. **Derecho penal del enemigo y amparo de libertad**. (Consultado: 05-01-2015).

http://www.tesis.uchile.cl/tesis/uchile/2008/de-ramirez_t/html/index-frames.html. Ramírez Hermosilla, Tomás. **Análisis crítico del derecho penal del enemigo**. (Consultado: 10-02-2015).

<http://www.ub.edu/demoment/jornadasfp/PDFs/8-Jakobs&Yoo.pdf>. Campderrich Bravo, Ramón. **Ciudadano versus enemigo no-persona: Las ideas antigarantistas de Günther Jakobs y John Yoo**. (Consultado: 05-02-2015).

<https://aulapenal.wordpress.com/2013/08/30/teoria-de-la-ley-penal-daniel-adler/>. Adler, Daniel Eduardo. **Teoría de la ley penal**. (Consultado: 02-07-2014).



https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_06.pdf. Alcócer Povis, Eduardo. **El derecho penal del enemigo ¿realización de una opción político criminal o de una criminal política de estado?** (Consultado: 10-02-2015).

HURTADO POZO, José. **Manual de derecho penal**. Lima, Perú: 2ª. ed. Editorial Eddili. 1987.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. **¿Que les corten la cabeza?** Revista claves de la razón práctica, No. 145, España: 2004.

LÓPEZ GUARDIOLA, Samantha. **Derecho penal I**. México: Editorial Red Tercer Milenio S.C. 2012.

JAKOBS, Günther y Manuel Cancio Meliá. **Derecho penal del enemigo**. Madrid, España: 1ª. ed. Editorial Civitas Ediciones. 2003.

JUÁREZ BARATO, Lidia Teresa. **Derecho penal del enemigo**. Guatemala: Revista Jurídica 2007-2008.

MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. Buenos Aires, Argentina: 2ª. ed. Editorial B de F Ltda. 2003.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho penal**. Buenos Aires, Argentina: 2ª. ed. Editorial B de F Ltda. 2001.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho penal y control social**. Colombia: Editorial Temis, 1999.

MUÑOZ, Lorena Netzahuatl. **El problema axiológico de la punibilidad en México**. México: 2004.

NAVAS CORONA, Alejandro. **Breviario histórico del derecho penal**. Bucaramanga Colombia: 1ª. edición. Editorial Sistemas y Computadores, Ltda. 1998.

NUÑO HENAO, José Enrique. **Sistema penal y control social en Colombia**. Bogotá, Colombia: 2002.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Buenos Aires, Argentina: 36ª. ed. Editorial Heliasta, S. R. L. 2008.

PALACIOS MOTTA, Jorge Alfonso. **Apuntes de derecho penal**. Guatemala: Ed. Gardenia, s.f.

PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. **Manual de derecho penal mexicano. Parte general**. México: 17ª. ed. Editorial Porrúa S.A. de C.V. 2004.



Real Academia Española. **Diccionario de la lengua española**. España: 22ª. ed. Editorial Espasa. 2001

RÍOS ÁLVAREZ, Rodrigo. **Manifestaciones del derecho penal del enemigo en la ley No. 20.000**. Chile. (s.f.)

RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. **Criminología**. México: 2ª. ed. Editorial Porrúa S.A. 1981.

ROXÍN, Claus. **Derecho penal, parte general**. Tomo 1. Madrid, España: Editorial Civitas, S. A. 1997.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión del derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales**. Madrid, España: 2ª. ed. Editorial Civitas Ediciones S.L. 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **El enemigo en el derecho penal**. Buenos Aires, Argentina: 2ª. ed. Editorial Ediar, S. A. 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Hacia un realismo jurídico penal marginal**. Caracas, Venezuela: 1ª. ed. Monte Ávila Editores, 1993.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de derecho penal. Parte general**. Tomo I. Argentina: Editorial Ediar, S. A. 1998.

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, 1993.

Ley Contra la Narcoactividad. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 48-92, 1992.



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

Ley de Extinción de Dominio. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 55-2010, 2010.