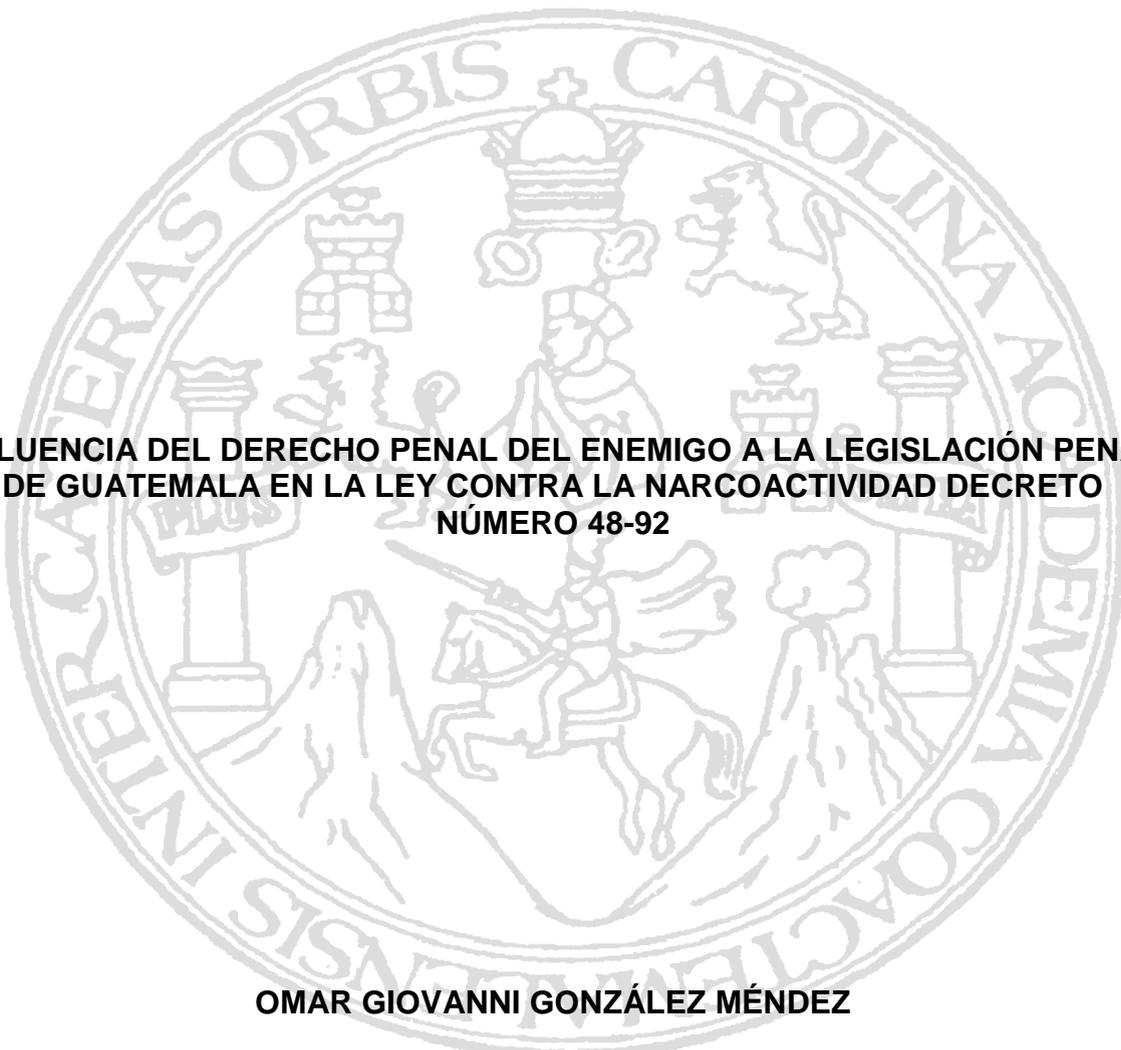


**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

The seal of the University of San Carlos of Guatemala is a circular emblem. It features a central figure of a knight on horseback, holding a sword and a shield. Above the knight is a crown. The seal is surrounded by a circular border containing the Latin text "INTER CARERAS ORBIS CAROLINA ACADEMIA COACTIVENSIS".

**INFLUENCIA DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO A LA LEGISLACIÓN PENAL
DE GUATEMALA EN LA LEY CONTRA LA NARCOACTIVIDAD DECRETO
NÚMERO 48-92**

OMAR GIOVANNI GONZÁLEZ MÉNDEZ

GUATEMALA, FEBRERO DE 2021

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

**INFLUENCIA DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO A LA LEGISLACIÓN PENAL
DE GUATEMALA EN LA LEY CONTRA LA NARCOACTIVIDAD DECRETO
NÚMERO 48-92**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

OMAR GIOVANNI GONZÁLEZ MÉNDEZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, febrero de 2021

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

DECANO: Licda. Astrid Jeannette Lemus Rodríguez
VOCAL I, en sustitución del Decano

VOCAL II: Lic. Henry Manuel Arriaga Contreras

VOCAL III: Lic. Juan José Bolaños Mejía

VOCAL IV: Br. Denis Ernesto Velásquez González

VOCAL V: Br. Abidán Carías Palencia

SECRETARIA: Licda. Evelyn Johanna Chevez Juárez

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Carlos Ebertito Herrera Recinos

Vocal: Licda. Candi Claudy Vaneza Gramajo Izeppi

Secretaria: Licda. Claudia Paola Castellanos Samayoa

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Ramiro Stuardo López Galindo

Vocal: Licda. Diana Maribel Julián Leal

Secretario: Lic. Gerardo Prado

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



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala,
 02 de noviembre de 2016.

Atentamente pase al (a) Profesional, EDDY AUGUSTO AGUILAR MUÑOZ
 _____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
OMAR GIOVANNI GONZÁLEZ MÉNDEZ, con carné 200616018,
 intitulado INFLUENCIA DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO A LA LEGISLACIÓN PENAL DE GUATEMALA EN
LA LEY CONTRA LA NARCOACTIVIDAD DECRETO NÚMERO 48-92.

Hago de su conocimiento que está facultado (a) para recomendar al (a) estudiante, la modificación del bosquejo preliminar de temas, las fuentes de consulta originalmente contempladas; así como, el título de tesis propuesto.

El dictamen correspondiente se debe emitir en un plazo no mayor de 90 días continuos a partir de concluida la investigación, en este debe hacer constar su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, la conclusión discursiva, y la bibliografía utilizada, si aprueba o desaprueba el trabajo de investigación. Expresamente declarará que no es pariente del (a) estudiante dentro de los grados de ley y otras consideraciones que estime pertinentes.

Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.

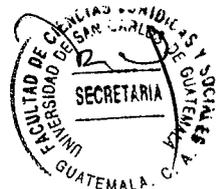
LIC ROBERTO FREDY ORELLANA MARTÍNEZ
 Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis



Fecha de recepción 13 / 01 / 2017

Asesor(a)
 (Firma y Sello)
Lic. Eddy Augusto Aguilar Muñoz
 ABOGADO Y NOTARIO





**LICENCIADO
EDDY AUGUSTO AGUILAR MUÑOZ
ABOGADO Y NOTARIO**

**11 calle 4-52 zona 1, primer nivel, oficina 4, edificio Asturias,
Departamento y municipio de Guatemala
Cel.: 2232 3916 y 3434 1785**

Guatemala 25 de enero de 2017

Lic. Roberto Fredy Orellana Martínez
Jefe de Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala



Lic. Orellana:

De acuerdo al nombramiento de fecha dos de noviembre del dos mil dieciséis, recaído en mi persona, he procedido a asesorar la tesis del bachiller **OMAR GIOVANNI GONZÁLEZ MÉNDEZ**, intitulado **INFLUENCIA DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO A LA LEGISLACIÓN PENAL DE GUATEMALA EN LA LEY CONTRA LA NARCOACTIVIDAD DECRETO NÚMERO 48-92**, en virtud de lo anterior me permito emitir el siguiente

DICTAMEN:

1. En cuanto al contenido científico y técnico de la tesis, el bachiller analizó jurídicamente lo fundamental que es la violación al derecho de defensa del sindicado o acusado dentro del proceso penal, pues se le trata como enemigo de la sociedad, al momento de emitir sentencias los jueces unipersonales o los tribunales de sentencia, basan su actuar en la doctrina del derecho penal del enemigo.
2. En la tesis se utilizó suficientes referencias bibliográficas acorde al tema en cuestión, por lo que considero que el estudiante resguardó en todo momento el derecho de autor, elemento, lo cual es indispensable tomar en cuenta para el desarrollo de la presente investigación. De manera personal me encargue de guiar al sustentante en los lineamientos de todas las etapas correspondientes al proceso de investigación científica.
3. En la presente investigación, el bachiller utilizó las siguientes técnicas: la bibliográfica con la cual el sustentante obtuvo la información acorde al presente trabajo con datos actualizados. Los métodos utilizados fueron los siguientes: analítico-sintético, con los cuales el estudiante determinó la importancia del debido proceso y su vulneración dentro del proceso penal; mediante el inductivo-deductivo, estableció la realidad que vive el sindicado al tratarlo como enemigo y no como persona.



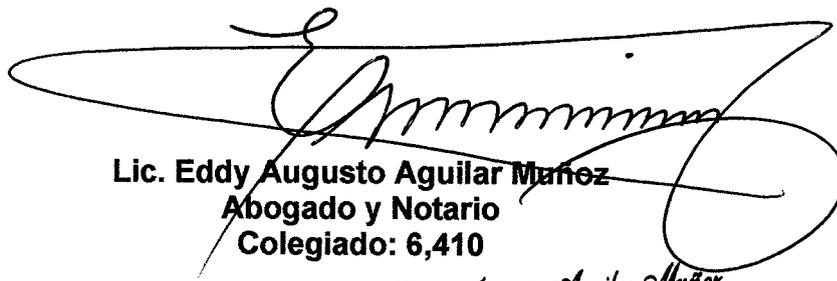
LICENCIADO
EDDY AUGUSTO AGUILAR MUÑOZ
ABOGADO Y NOTARIO
11 calle 4-52 zona 1, primer nivel, oficina 4, edificio Asturias,
departamento y municipio de Guatemala
Cel.: 2232 3916 y 3434 1785

4. En cuanto al desarrollo de los capítulos, el sustentante desarrolló adecuadamente cada uno, en virtud que aportó el contenido necesario acorde a la investigación, pues en los mismos se especifica el problema en cuestión y lo demostró con la información recabada.

5. En la conclusión discursiva el bachiller hace alusión al problema consistente en la influencia de una política criminal discriminatoria, al tratar a un sector de la sociedad como peligroso o dañino, con lo que se vulneran garantías constitucionales reconocidas en tratados y convenios internacionales aceptados y ratificados por Guatemala; asimismo, los órganos jurisdiccionales no velan por la protección del acusado, sino se limitan a emitir sentencias evidentemente desproporcionadas con el daño causado.

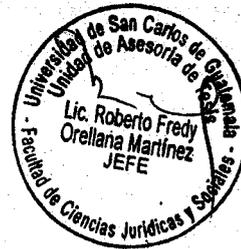
6. Declaro que no soy pariente dentro de los grados de ley de la sustentante y otras consideraciones que estime pertinentes y que puedan afectar la objetividad del presente dictamen.

Considero que el trabajo de tesis del bachiller **OMAR GIOVANNI GONZÁLEZ MÉNDEZ** efectivamente reúne los requisitos de carácter legal, por tal motivo que me permito emitir **DICTAMEN FAVORABLE** de conformidad con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el Artículo treinta y uno (31) del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.



Lic. Eddy Augusto Aguilar Muñoz
Abogado y Notario
Colegiado: 6,410

Lic. Eddy Augusto Aguilar Muñoz
ABOGADO Y NOTARIO



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 03 de octubre de 2017.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante OMAR GIOVANNI GONZÁLEZ MÉNDEZ, titulado INFLUENCIA DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO A LA LEGISLACIÓN PENAL DE GUATEMALA EN LA LEY CONTRA LA NARCOACTIVIDAD DECRETO NÚMERO 48-92. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

RFOM/srrs.






DEDICATORIA

- A DIOS:** Por el don de la vida, por dotarme con sabiduría e infinitas bendiciones para alcanzar esta importante meta de mi vida, por ser mi fortaleza en los momentos de dificultad haciendo la carga más ligera.
- A MARÍA
AUXILIADORA:** Por ser mí intercesora, por protegerme y llevarme de la mano en mí camino de vida.
- A MIS PADRES:** Por ser mi mayor bendición en la vida; papá gracias por ser mi ejemplo a seguir, por inculcarme disciplina, perseverancia, responsabilidad y sacrificio para todo lo que me proponga en la vida, por tus consejos y respaldo incondicional. Mamá gracias por los valores que me has inculcado, por ser ejemplo de humildad, por tu amor, esfuerzo, dedicación, acompañarme día a día. Gracias a ambos por todo lo brindado para alcanzar esta meta que es de ustedes y para ustedes.
- A MIS HERMANOS:** Lefi y Juanjo, por ser junto con Dios y mis Padres pilares fundamentales en mi vida, Gracias por su amor y compañía incondicional en momentos buenos así también de dificultad por los que he pasado.
- A MIS ABUELOS:** Juan José González, (Q.E.P.D) por haberme compartido su sabiduría en tantos momentos; Adolfina González, por brindarme consejos, formación y la inspiración para elegir mi carrera universitaria; y en especial a Olga Mireya Gramajo, por su amor, cobijo y todos sus cuidados y atenciones durante mis primeros años de vida, por su ejemplo de valentía, perseverancia, trabajo, humildad y dedicación, gracias porque a pesar del tiempo y la distancia sigues al pendiente de mí y apoyándome en todo momento.



- A MIS TÍOS:** Reyna, Fernando, Maudie, Gerald, Evelyn, Jorge, Rolando, Lucrecia y a sus respectivas familias; por brindarme cariño, consejos y apoyo incondicional.
- A MIS PRIMOS:** Por acompañarme en varias aventuras de la vida, demostrarme cariño sincero y compartir momentos de alegría y tristeza a mi lado en especial a Tavo, Gabi, Oswar, Jano, Pablo, Coky.
- A MI AMIGO:** José Guillermo Rogel solares, por su valiosa amistad durante tantos años, por acompañarme y apoyarme en cada reto que me he propuesto en la vida, por estar en las buenas y en las malas, por ser como un hermano con quien no nos une un vínculo sanguíneo sino de lealtad.
- A LA LICENCIADA:** Gladys Elizabeth Monterroso Velásquez, por ser como una madre, maestra y amiga. Por brindarme conocimiento y orientación para mi vida profesional y académica.
- AL LICENCIADO:** Eddy Augusto Aguilar Muñoz, por su amistad, consejos, orientación académica y su grata colaboración en el desarrollo de este trabajo de graduación.
- A:** La tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala, por ser mi casa de estudios y brindarme la oportunidad de vivir una de las mejores experiencias de mi vida "ser estudiante San Carlista".
- A:** La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por brindarme formación académica profesional e inculcarme el valor de altruismo.



PRESENTACIÓN

En esta investigación se estudia la influencia de una política criminal discriminatoria al tratar a un sector de la sociedad como peligrosos o dañinos, esto es el derecho penal del enemigo, con ello se vulneran garantías establecidas en la Constitución Política de la República de Guatemala y en tratados y convenios internacionales aceptados y ratificados por Guatemala en materia de derechos humanos, es importante entonces reformar la legislación actual donde se regulan aquellas normas que tienen la influencia del derecho penal del enemigo para garantizar el bien común.

Esta investigación pertenece a la rama del derecho penal y es de tipo cualitativa, debido a que se obtuvo la información necesaria para establecer la influencia del derecho penal del enemigo en la Ley Contra la Narcoactividad, razón por la cual se vulnera el derecho a un debido proceso regulado en la Constitución Política de la República de Guatemala y en tratados y convenios internacionales aceptados y ratificados por Guatemala. El ámbito geográfico al que pertenece la investigación es el municipio y departamento de Guatemala, en virtud que es donde se concentra la función jurisdiccional; asimismo, el periodo que comprende la presente investigación es de los años 1993 al 2015.

El sujeto de estudio al que se orienta la investigación es a los Jueces Unipersonales y Tribunales de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente; el objeto de estudio es la legislación penal, para que los juzgadores dicten sentencias dentro de los límites legales y sin influencias de la doctrina del derecho penal del enemigo. La presente investigación contribuye a fortalecer el debido proceso y a que se respeten las garantías establecidas en ley, tomando en cuenta que son derechos humanos dejar de aplicar las normas que vulneren esos derechos consagrados en la Constitución Política de la República de Guatemala.



HIPÓTESIS

- La variable dependiente de la hipótesis es la consecuencia derivada de la influencia de la doctrina del derecho penal del enemigo en el proceso penal guatemalteco. La variable independiente de la hipótesis es: la violación a las garantías establecidas en tratados y convenios internacionales de los detenidos y procesados.

El tipo de hipótesis utilizado en la presente investigación fue la correlacional (aquí la variable aumenta) pues la falta de aplicación del derecho penal con los fines establecidos, vulneran los derechos humanos de los detenidos dentro del proceso penal, pues reciben un trato como enemigos o peligrosos en la sociedad (aquí la variable disminuye).



COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS

Con el desarrollo de la presente investigación se validó la hipótesis, pues se corroboró que dentro del proceso penal se aplica la doctrina del derecho penal del enemigo por parte de los órganos jurisdiccionales, especialmente en la aplicación de la Ley Contra la Narcoactividad. Asimismo, se comprobó la hipótesis, pues se vulneran garantías constitucionales de los detenidos y procesados, dejando a un lado el debido proceso. Por su parte, los métodos utilizados para la comprobación fueron los siguientes: el analítico, que consistió en la interpretación y comparación entre la Constitución Política de la República de Guatemala y la Ley Contra la Narcoactividad, así como también de la doctrina. Una vez interpretada la norma jurídica, se utilizó el método de síntesis, a efecto de explicar las consecuencias del poder punitivo al aplicar la doctrina del derecho penal del enemigo.

Dentro de las técnicas utilizadas para la comprobación de la hipótesis se pueden mencionar las siguientes: la documental y la entrevista, las cuales se utilizaron para recabar la información necesaria y establece la política criminal discriminatoria por parte de los órganos jurisdiccionales dentro del proceso penal contra los procesados y determinar la evidente violación a los derechos humanos consagrados en la Constitución Política de la República de Guatemala.



ÍNDICE

Pág.

Introducción.....	i
-------------------	---

CAPÍTULO I

1. Derecho penal del enemigo.....	1
1.1. Antecedentes.....	1
1.2. Naturaleza jurídica.....	3
1.3. Definición.....	4
1.4. Características.....	5
1.5. Derecho penal del enemigo y derecho penal del ciudadano.....	6
1.6. Finalidad del derecho penal del enemigo.....	8
1.7. Causas y efectos.....	9
1.8. Argumentos a favor y en contra del derecho penal del enemigo.....	10

CAPÍTULO II

2. Derecho penal del enemigo en Guatemala.....	13
2.1. Estado de derecho y derecho penal del enemigo.....	13
2.2. Estado policía y derecho penal del enemigo.....	14
2.3. Política criminal.....	15
2.4. Criminología moderna.....	18
2.4.1. La relación entre la criminología y la política criminal.....	20
2.5. Función del derecho penal del enemigo en Guatemala.....	21
2.6. Incidencias y consecuencias.....	22



CAPÍTULO III

3. Violación a las garantías, principios y derechos derivado de la aplicación del derecho penal del enemigo.....	27
3.1. Las garantías constitucionales en el proceso penal.....	28
3.1.1. Juicio previo.....	28
3.1.2. Derecho a ser tratado como inocente.....	29
3.1.3. Derecho de defensa técnica y material.....	30
3.1.4. Prohibición de persecución o sanción penal múltiple.....	31
3.1.5. Imparcialidad.....	32
3.1.6. Juez natural.....	33
3.2. Principios constitucionales aplicables al proceso penal.....	33
3.2.1. Indubio pro reo.....	33
3.2.2. Favor libertatis.....	34
3.2.3. Libertad de la prueba.....	35
3.3. Derechos constitucionales del detenido en el proceso penal.....	37
3.3.1. Libertad individual.....	37
3.3.2. Prohibición al uso irracional de la fuerza.....	39
3.3.3. Notificación de las causas de detención.....	39
3.3.4. Notificación de sus derechos.....	40
3.4. La interpretación de las normas jurídicas que regulan las garantías y principios dentro del proceso penal.....	41

CAPÍTULO IV

4. La influencia del derecho penal del enemigo e inconstitucionalidades en la Ley contra la Narcoactividad.....	45
4.1. Análisis de la Ley contra la Narcoactividad.....	45
4.2. Inconstitucionalidad de las leyes en Guatemala.....	50



Pág.

4.2.1. Inconstitucionalidades en la Ley contra la Narcoactividad.....	53
4.3. Clases de inconstitucionalidad.....	54
4.4. Trámite de la inconstitucionalidad en casos concretos.....	55
4.5. Trámite de la inconstitucionalidad de leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general.....	56
4.6. Argumentos relativos a la influencia del derecho penal del enemigo en la Ley contra la Narcoactividad.....	59
4.6.1. Alcance de los tipos penales y desproporcionalidad de las penas.....	59
4.6.2. Vulneración a los derechos humanos.....	60
4.6.3. La participación criminal.....	61
4.7. Necesidad de reformar la Ley contra la Narcoactividad.....	62
4.8. Propuesta de reforma a la Ley contra la Narcoactividad.....	63
CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....	67
BIBLIOGRAFÍA.....	69



INTRODUCCIÓN

En la actualidad el proceso penal se ha desvirtuado porque ha existido una tendencia contradictoria entre el estado de derecho y el estado de policía, pues se ha establecido un derecho penal del autor basado en el sujeto y no en sus actos, vulnerando el derecho a la presunción de inocencia establecido en la Constitución Política de la República de Guatemala. Ante tal situación, se debe establecer, con la presente investigación, acciones adecuadas para frenar esta problemática y que se respeten los derechos humanos para que se dé una verdadera protección a la persona.

El objetivo general de la investigación fue determinar la influencia de la doctrina del derecho penal del enemigo en la Ley Contra la Narcoactividad; se alcanzó el objeto, pues se constató que ese factor afecta la relación eficiencia garantía del proceso penal sin observar las garantías universales del debido proceso. Los objetivos específicos fueron: establecer los límites y garantías constitucionales y de derecho internacional que establecen al poner punitivo del Estado; analizar los efectos negativos del derecho penal del enemigo; y estudiar los casos donde la Ley Contra la Narcoactividad criminaliza al sujeto del derecho penal, por las características sociales.

En la hipótesis se menciona que la influencia de la doctrina del derecho penal del enemigo viola las garantías universales del debido proceso de los detenidos y procesados, misma que se comprobó mediante la interpretación de la Ley contra la Narcoactividad y la doctrina. La presente investigación tiene como fin que se declare inconstitucionales los Artículos de la Ley contra la Narcoactividad en los cuales se denote la influencia del derecho penal del enemigo por vulnerar los derechos humanos.

Esta investigación consta de cuatro capítulos: en el primero, se hace referencia al tema del derecho penal del enemigo de manera general; el segundo, se enfoca principalmente al derecho penal del enemigo en Guatemala, su aplicación y consecuencias; en el tercero, se estudia la violación a las garantías constitucionales en el proceso penal derivadas de la aplicación del derecho penal del enemigo; y en el cuarto, se analiza la influencia del derecho



penal del enemigo en la Ley contra la Narcoactividad, los argumentos a favor y en contra y se propone una reforma a la misma.

Los métodos utilizados en la presente investigación fueron: el deductivo, que se aplicó mediante la comparación entre lo que establecen la Ley contra la Narcoactividad y la Constitución Política de la República de Guatemala, estudiando los artículos en los que influye la doctrina del derecho penal del enemigo. El método analítico permitió estudiar las consecuencias que derivan aplicar un derecho basado en el autor criminalizándolo previo a poner en peligro un bien jurídico tutelado. La técnica documental sirvió para obtener datos necesario que evidencia la vulneración a las garantías individuales en la Constitución Política de la República de Guatemala.

Es indispensable reformar la Ley contra la Narcoactividad y así aplicar el derecho penal con los fines para los que fue creado, sin violentar derechos fundamentales como la presunción de inocencia dentro del derecho penal, de esta manera, se estaría garantizando un verdadero derecho de defensa y la protección a la persona.



CAPÍTULO I

1. Derecho penal del enemigo

El derecho penal se creó con tres fines concretos que son: preventivo, sancionador y rehabilitador. Mediante el primero, se trata de evitar que la persona realice conductas prohibidas por las normas jurídicas; mediante el segundo, se sanciona al sujeto que ha encuadrado su conducta dentro de la prohibición expresa por la ley penal; y mediante el tercero, una vez sancionada la persona, se trata de reincorporarlo a la sociedad y que ya no vuelva a delinquir. Esto es lo que busca el derecho penal contemporáneo.

El derecho penal ha tomado un nuevo rumbo porque se sanciona la peligrosidad del sujeto sin que ni siquiera haya encuadrado su conducta en el tipo penal; es lo que se conoce como la doctrina del derecho penal del enemigo, un concepto que se estudiará en el presente capítulo, estableciendo sus antecedentes, definición, finalidad y dar una opinión personal en cuanto a sus causas y efectos.

1.1. Antecedentes

“La consideración del delincuente como un enemigo o más concretamente, lo que viene a ser lo mismo: como un tumor canceroso maligno que debe ser eliminado de una vez se puede entender presente ya en la teoría del pacto social Grecia en el siglo V antes de Cristo. En el mito de Prometeo, Zeus ordena que al incapaz de participar del honor y la justicia lo eliminen como a una enfermedad de la ciudad. En relación con ello, Protágoras rechaza en principio cualquier sentido retributivo del castigo y asigna a éste únicamente finalidades

disuasorias y pedagógicas. No obstante, para quien no obedezca aun a pesar de haber sido castigado y enseñado (delincuente habitual), propone que se le expulse de la ciudad o que se le dé muerte como si se tratase de un incurable. Es decir, para este caso, Protágoras propone que el castigo se aparte de sus fines ordinarios de disuasión y educación, y que como en el caso de los postulados actuales del Derecho Penal del enemigo el mismo se oriente sólo a la neutralización o inocuización del delincuente.

Con posterioridad al derrumbe del campo socialista, en los inicios de la década de los años 90, el sistema capitalista surge como el único sistema posible de sociabilización y a su vez por dicho triunfo como el mejor de todos los sistemas sin importar si era bueno o malo y las consecuencias que traía aparejadas para la humanidad.

Con más de dos décadas de tales sucesos cabe preguntarse ¿por qué la paz posmoderna no es tal? Si el actual modelo hegemónico es el único y mejor posible ¿por qué la explotación, la miseria, el hambre, la indignidad de tantas personas, el trabajo infantil, el desempleo, la creciente criminalidad organizada o no, el analfabetismo, las guerras y el terrorismo, las crisis económicas?.

El derecho penal del enemigo surge como una postura que justifica la existencia de un derecho sin garantías. Para nada son ajenos a estas teorías los fenómenos del terrorismo, narcotráfico internacional, lavado de dinero, el tráfico de personas y el tráfico de armas, que incluye como sujetos los niños, niñas y las mujeres, resultando sólo justificación para que en él estén presentes elementos del derecho penal del enemigo.”¹

¹Gracia Martín, Luis. **derecho penal y criminología**. Pág. 32.



1.2. Naturaleza jurídica

Cuando se toca el tema de la naturaleza jurídica de una rama del derecho, generalmente se trata de ubicarla dentro de la sistemática jurídica, es decir, la tradicional división del derecho en público y privado. En este orden de ideas, el autor Facundo Marín, afirma que: “el derecho penal del enemigo pertenece al campo del derecho público, por ser de derecho penal y tiene los siguientes argumentos que son: primero, la naturaleza comunitaria de los intereses que tutela; segundo, las relaciones que regula, que no son las que existen entre particulares, sino las del individuo con la sociedad.”²

El citado autor enmarca al derecho penal del enemigo dentro del ámbito del derecho público, él se basa en que es derecho penal y generalmente hay una relación entre el Estado y la sociedad.

Ahora bien, a criterio personal, se comparte la opinión del citado autor por las razones siguientes: en primer lugar, no debiera discutirse a qué rama del derecho pertenece, porque lo que se pone en tela de juicio aquí es el fin de la doctrina del derecho penal del enemigo, es decir considerar como delincuentes a los sujetos por su peligrosidad. Ante esta situación encuadra dentro del derecho público, pues tiende a proteger los intereses individuales y colectivos, integrados por el conjunto de normas jurídicas establecidas por el Estado haciendo uso del *ius puniendi*, en tal virtud, el derecho penal del enemigo es una rama del derecho público autónomo.

² Marín Fraga, Facundo. **Derecho penal del enemigo**. Pág. 56.

1.3. Definición

El profesor alemán Jakobs Cancio, afirma que 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- retrospectiva (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."³

Lo que el citado autor quiere decir es que el derecho penal del enemigo vulnera garantías constitucionales; en primer lugar, porque esta doctrina se anticipa al hecho causado; en segundo lugar, porque, para considerar autor del delito a una persona, según esta doctrina, basta con parecer peligroso, lo cual vulnera el principio de presunción de inocencia.

Después de este breve análisis, a criterio personal, se puede definir al derecho penal del enemigo como la rama del derecho público, consistente en un conjunto de doctrinas, principios, teorías, doctrinas, instituciones y normas jurídicas que vulneran los derechos y garantías establecidos en la Constitución Política de la República de Guatemala y tratados internacionales aceptados y ratificados por Guatemala.

³ Günther Cancio Meliá, Jakobs Manuel. **Derecho penal del enemigo**. Pág. 79.

1.4. Características

Hay unanimidad de criterios en cuanto a las características del derecho penal del enemigo, a continuación se analizarán las que propone la autora Lidia Juárez quien afirma lo siguiente:

- a) “Mediante el derecho penal del enemigo, el Estado ya no dialoga con ciudadanos para mantener la vigencia de la norma, sino que combate a sus enemigos peligros.
- b) Tipos penales que anticipan la punibilidad a actos preparatorios de hechos futuros, su contenido ya no es la comisión de hechos delictivos concretos y determinados.
- c) Desproporcionalidad de las penas, pues la punibilidad no iría acompañada de ninguna reducción de la pena con respecto a la fijada para los hechos delictivos concretos.
- d) Restricción de garantías y derechos procesales de los imputados.
- e) Recrudescimiento de condiciones penitenciarias, las que endurecen condiciones de clasificación de los internos y las que limitan los beneficios penitenciarios.”⁴

Se comparte la opinión de la autora citada, pues la doctrina del derecho penal del enemigo trata como delincuente al autor aun sin que se haya cometido delito, esto acarrea que haya una punibilidad anticipada y que se restrinjan, disminuyan o tergiversen garantías establecidas en la Constitución Política de la República de Guatemala. Por otra parte, el

⁴ Juárez Barato, Lidia Teresa. **Derecho penal del enemigo**. Pág. 24.

principio de presunción de inocencia es el que sufre la mayor vulneración, pues se introducen medidas amplias de intervención de las comunicaciones, de investigación secreta o clandestina, prácticamente se dan las características de un sistema inquisitivo.

1.5. Derecho penal del enemigo y derecho penal del ciudadano

Es sabido que el derecho penal tienen como finalidad regular tipos penales que van en contra de algún bien jurídico protegido por el Estado (la vida, la libertad, el patrimonio, por citar algunos), luego, si estos son infringidos, sancionar a las personas que encuadran su conducta humana dentro de los tipos penales o faltas establecidos en la ley penal anterior a su perpetración y al mismo tiempo, sirve de motivación para que otros sujetos no vuelvan a delinquir. Por lo que en el presente apartado se estudiará el nuevo rumbo que el derecho penal da con la mencionada doctrina, lo cual se explica a continuación:

Thomas Hobbes afirma que: "el derecho es el vínculo entre personas que son a su vez titulares de derechos y deberes, todo derecho se halla vinculado a la autorización para emplear coacción y la coacción más intensa es la del derecho penal. En consecuencia, se podría argumentar que cualquier pena o incluso, ya cualquier legítima defensa se dirige contra un enemigo. Se conoce un derecho penal del ciudadano contra personas que no delinquen de modo persistente, por principio y un derecho penal del enemigo contra quien se desvía por principio; éste excluye, aquél deja incólume el status de persona. El derecho penal del ciudadano es derecho también en lo que se refiere al criminal; éste sigue siendo persona. Pero el derecho penal del enemigo es derecho en otro sentido."⁵

⁵ Hobbes, Thomas. *Leviatan*. Pág. 300.

Lo que el citado autor quiere decir es que en el Estado puede haber dos tipos de personas: las que delinquen de modo persistente y las que delinquen de modo esporádico, el primer caso es lo que el Código Penal denomina reincidencia, mientras que el segundo, es el delincuente primario.

A criterio personal, si una persona delinque mucho o poco, de cualquier manera su conducta es contraria al ordenamiento jurídico y merece ser sancionado con una pena, claro está, en proporción al daño causado a la sociedad, pues no es lo mismo alguien que atenta contra el bien jurídico vida que contra el bien jurídico patrimonio. En cualquier caso, delincuente será quien encuadra su actuar dentro del tipo descrito en la ley penal.

Por otra parte, el autor Günther Cancio afirma que: "El Derecho penal del ciudadano es el derecho de todos, el derecho penal del enemigo el de aquellos que forman contra el enemigo; frente al enemigo, es sólo coacción física, hasta llegar a la guerra."⁶

De lo afirmado por el citado autor, se puede colegir que el derecho penal del ciudadano es aquel que juzga, como su nombre lo indica, al ciudadano en su condición de persona, respetándole todos sus derechos y garantías establecidos por el derecho penal y que, a la vez, son derechos humanos establecidos en la parte dogmática de la Constitución Política de la República de Guatemala. En cambio, el derecho penal de enemigo tiende a aniquilar al enemigo pues se considera que existe un fuerte peligro contra la sociedad, por lo que el derecho busca, en este sentido, acabar con el sujeto activo.

⁶ Günther Cancio. *Op. Cit.* Pág. 33.

1.6. Finalidad del derecho penal del enemigo

Afirma el autor Günther Cancio, que el fin principal del derecho penal del enemigo es: “es la seguridad cognitiva. En el derecho penal del enemigo no se trata ya, como sucede en el derecho penal general, de la conservación o mantenimiento del orden, sino, de la producción en el entorno de las condiciones soportables por medio de los cuales sean eliminados todos aquellos que no ofrecen la garantía cognitiva mínima, que es necesaria para poder ser tratados como personas. El derecho penal del enemigo es la regulación de la exclusión de los enemigos, la cual se justifica en cuanto éstos son actualmente no personas.”⁷

Haciendo un breve análisis de lo que afirma el citado autor, se puede establecer que para que un ciudadano sea tratado como tal debe ofrecer una garantía mínima cognitiva, con esta expresión da a entender que el derecho penal del enemigo se aplicará para los incorregibles en su conducta, para los que no se porten bien, esta afirmación es muy subjetiva, pues no se aplica para todos los individuos en una sociedad, pues no se puede juzgar a una persona sin que haya encuadrado su conducta en un tipo, ¿en dónde está entonces el juicio de reproche que ofrece el elemento culpabilidad?, sencillamente no existe, entonces el fin es el anticipo a futuro mal que se pueda causar.

1.7. Causas y efectos

En el presente apartado es indispensable citar al autor Cesare Beccaria quien afirma que: “si todo miembro particular se halla ligado a la sociedad, hay una obligación que descendiendo

⁷ *Ibíd.* Pág. 39.



desde el trono llega hasta las más humildes chozas y que liga igualmente al más grande y al más miserable entre los hombres, solo significa que el interés de todos está en la observación de los pactos útiles al mayor número. La violación de cualquiera de ellos empieza a autorizar la anarquía. El soberano, que representa la misma sociedad, puede únicamente formar leyes generales que obliguen a todos los miembros, pero no juzgar cuando alguno haya violado el contrato social, porque entonces la nación se dividiría en dos partes: una representada por el soberano, que afirma la violación; y otra por el acusado, que la niega. Es pues necesario que un tercero juzgue de la verdad del hecho.”⁸

En el libro de los delitos y de las penas, Cesare Beccaria hace referencia a cómo debe ser tratado el ser humano cuando comete delitos, hay que recordar que dicha obra la escribió por las constantes violaciones que se daban durante la época de la venganza pública del derecho penal.

Sin embargo, toda causa tiene un efecto, si se aplica un derecho basado en la desigualdad y violación a garantías constitucionales, lógicamente se caerá en la anarquía, como lo afirma Beccaria, porque el derecho penal del enemigo lo que pretende es justificar esa violación a las mencionadas garantías, en especial la presunción de inocencia.

En otras palabras, si se aplica la doctrina del derecho penal del enemigo, se está permitiendo que se violen los derechos humanos, es un permiso que el Estado da a los órganos jurisdiccionales para tal situación. Se podría decir que la doctrina deroga tácitamente la ley.

⁸ Beccaria, Cesare. **De los delitos y de las penas**. Pág. 21.

1.8. Argumentos a favor y en contra del derecho penal del enemigo

En el presente apartado se estudian ambas posturas para luego arribar a una propias, en este orden de ideas, el autor Rodrigo Ríos afirma que: “la expansión en la que el derecho penal del enemigo pretende moverse, corresponde a una de los supuestos de 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 antiliberales. Esta evolución presenta dos vertientes caracteriza bajo las denominaciones derecho penal simbólico y resurgir del punitivismo, que considera nucleares en el derecho penal del enemigo.”⁹

Es interesante la argumentación del citado autor, pues él hace referencia, con la expresión resurgir del punitivismo, a la introducción de nuevas normas penales que sí sean aplicadas, para castigar severamente al autor del daño; y en cuanto a la afirmación del derecho penal simbólico, a criterio personal, a que el derecho penal en general será únicamente derecho vigente no positivo, pues las penas serán desproporcionadas causando un daño severo al autor del delito.

Por otra parte, el autor Günther Cancio afirma que: “ha de mantener al criminal dentro del derecho por una doble razón: el delincuente tiene el derecho de arreglarse con la sociedad, ante lo cual deberá mantener su *status* de persona; y tiene el deber de reparación, deber que emana también de su condición de persona, no pudiendo por lo demás arbitrariamente desvincularse de la sociedad a través de su hecho. El Estado no excluye al enemigo sometido a custodia de seguridad de su condición de propietario de cosas y puede

⁹ Ríos Álvarez, Rodrigo. **Derecho penal del enemigo, a la luz de algunos de sus defensores y detractores.** Pág. 130.

contenerse en su libertad de hacer todo lo que puede en su contra, dejando abierta la posibilidad de un acuerdo de paz.”¹⁰

De lo afirmado por el citado autor se puede entender que el derecho penal del enemigo trata de combatir los abusos por parte del autor del delito; el derecho penal del ciudadano (el derecho penal general), trata de mantener la vigencia de la norma, es decir aplicar la ley penal en concordancia con la Constitución Política de la República de Guatemala.

Como criterio personal se considera que tanto el derecho penal del ciudadano como el derecho penal del enemigo deben ir de la mano, por lo que el autor de la presente tesis adopta una postura mixta por las razones siguientes: en primer lugar, la Constitución Política de la República de Guatemala contiene un cúmulo de garantía y derechos en la parte dogmática que deben respetarse, son derechos humanos regulados en tratados y convenios internacionales aceptados y ratificados por Guatemala; en estos términos, no pueden transgredirse los mandatos constitucionales pues las normas serían nulas. En esta afirmación se está a favor del derecho penal del ciudadano.

En segundo lugar, el derecho penal no deja de ser sancionador, aunque tienda a rehabilitar al delincuente, pero la esencia de esta rama del derecho no puede dejarse a un lado, más aún cuando se trata delincuentes de alta peligrosidad o reincidentes, en este orden de ideas, ¿para qué se va rehabilitar a un sujeto como este?, sinceramente esto no tiene sentido, es una pérdida de tiempo y de recursos por parte del Estado, entonces mejor hay que acabar con ciertos individuos que causan un peligro a la sociedad.

¹⁰ Günther Cancio. *Op. Cit.* Pág. 48



Con esta afirmación el derecho penal del enemigo podría aplicarse desde el punto de vista preventivo para que la sociedad vea lo que le puede pasar si se atreven a cometer ilícitos, aquí no se violarían garantías constitucionales, al contrario, se mantendría la vigencia de la norma.

CAPÍTULO II

2. Derecho penal del enemigo en Guatemala

En el presente capítulo se estudiará el concepto, pero aplicado a Guatemala y algunas consideraciones como el estado de derecho, cómo se adopta el concepto, cual es la finalidad y analizando también la política criminal y la criminalística.

2.1. Estado de derecho y derecho penal del enemigo

Afirma el autor Elías Díaz que el estado de derecho es: “una de las primeras formas de organización política y jurídica que se caracterizó por una marcada distancia entre el Estado y la sociedad; es decir, gobernante y gobernado. En dicho estado se potenció la menor interferencia del Estado frente a los problemas sociales y económicos de la sociedad, es una fórmula de protección del ciudadano (burgués) frente a la intromisión del Estado y su función se limitaba a crear y mantener en vigencia el derecho y someter su propio accionar a éste, bajo el entendido de que el derecho debía responder a determinados criterios de legalidad, legitimidad y justicia. Las principales características de éste Estado son: a) imperio de la ley como voluntad general; b) división de poderes; c) legalidad de la administración; d) derechos y libertades fundamentales, que garantizaron principalmente los derechos individuales.”¹¹

Haciendo una interpretación de lo que afirma el citado autor, se puede colegir que el estado de derecho lo que pretende es que se cumplan las leyes; llama la atención el aspecto de los

¹¹ Díaz, Elías. **Estado de derecho y sociedad democrática**. Pág. 41.

derechos y libertades fundamentales, dentro de estos se incluyen las garantías en el proceso penal, que bajo ningún punto de vista pueden ser restringidas.

A criterio personal se considera que la doctrina del derecho penal del enemigo riñe con el Estado de derecho, pues se da una especie de despotismo por parte de los órganos jurisdiccionales, aspecto que se evidencia mucho con la violación a la garantía de presunción de inocencia.

2.2. Estado policía y derecho penal del enemigo

El autor Elías Díaz, afirma que: "la realización típica del estado policía resume en sí esencialmente la noción de orden del Estado, la policía es vista como el medio para perseguir este orden para el bienestar social y, por ende, incuestionable desde el punto de vista político-social. Es un sistema donde el gobierno mantiene un estricto control social. Este control lo ejerce principalmente suprimiendo algunas libertades y haciendo legítima una policía secreta."¹²

Haciendo una interpretación de la afirmación del citado autor, se puede apreciar que lo fundamental es mantener el orden público, desde luego, para alcanzar el bien común como lo establece la Constitución Política de la República de Guatemala. Ante esta situación cabe la pregunta, ¿cómo mantiene el Estado el orden público?, la respuesta es bien sencilla; velar por el estricto cumplimiento de las leyes es decir que sea un derecho positivo no sólo vigente.

¹² **Ibíd.** Pág. 55

Por otra parte, llama la atención la afirmación del autor Díaz: “el estado policía para su necesaria legitimación del control social requiere utilizar la concepción de un enemigo, de una amenaza que debe combatirse en función del bien común.”¹³

La afirmación del citado autor da lugar a una interesante pregunta: ¿qué relación tiene el estado policía con el derecho penal del enemigo?, para responder esta pregunta hay que recordar al autor Günther Cancio, que el derecho penal del enemigo se anticipa al hecho delictivo, o sea que el objeto es prevenir el peligro.

Es importante la afirmación de ambos autores, la cual se comparte, pues si en un estado de derecho trata de hacer cumplir las leyes, y el estado policía de mantener el orden social, entonces tiene que haber, como dice Díaz, un enemigo, el cual es el individuo que se va combatir. Sin embargo, el combate al enemigo debe ser, a criterio personal, cuando éste ya ha cometido el delito, no antes, en tal sentido, parece más acertada la afirmación de Díaz que la de Günther. Ahí está la relación entre la doctrina del derecho penal del enemigo y el estado policía.

2.3. Política criminal

Para formarse una idea general de este tema, hay que tomar en cuenta el *ius puniendi*, es decir la facultad de castigar que tiene el Estado a través de sus órganos jurisdiccionales, significa que solamente el Estado es el único que puede imponer las penas y medidas de seguridad, de ahí, los demás órganos deben cumplir con su función (Organismo Judicial,

¹³ *Ibíd.* Pág. 56.

juzgar, Organismo Legislativo, emitir leyes). En este orden de ideas, el Estado es el único que puede imponer las penas, establecer tipos penales para sancionar a los responsables de alterar el orden público y vulnerar los derechos humanos de las personas, establecer las medidas de seguridad y corrección.

Por otra parte, el Estado, a través de la institución competente, tiene la obligación de la acción penal y la persecución penal, pues el Estado debe elaborar estrategias en la lucha contra el delito, las cuales sirven para cumplir los fines específicos del derecho penal del ciudadano, especialmente ser preventivo. Por otra parte, es indispensable tomar en cuenta los ejes fundamentales en que gira la política criminal, que según el autor Luis Ramírez, afirma que son los siguientes:

“La política penal, que se refiere al conjunto de principios y decisiones que adopta el Estado, dirigidos a determinar qué conflictos de la realidad han de ser elevados a categoría de delitos o faltas penales (política criminal en sentido estricto) y a la vez qué tipo de respuestas penales ha de darse a dichos conflictos. (Política penal, en sentido estricto).

La política de persecución penal, que es el conjunto de principios, estrategias y decisiones que adopta el Estado con el fin de definir los criterios generales que deben orientar al aparato estatal para perseguir racionalmente los delitos cometidos en un determinado contexto social.

La política de investigación criminal, entendida como el conjunto de principios, métodos, estrategias y decisiones que adopta el Estado para organizar y desarrollar eficientemente la actividad de investigación criminal para la consecuente efectividad en la persecución penal.

La política judicial, referida al conjunto de principios, estrategias y decisiones que adopta el estado para organizar y desarrollar los componentes básicos de justicia criminal establecidos por el Estado en el marco legal, mediante el conocimiento y juzgamiento penal de los casos sometidos a la jurisdicción penal.

La política penitenciaria, siendo esta el conjunto de principios, estrategias y decisiones que adopta el Estado para organizar y desarrollar las actividades propias que conlleva la ejecución de la sentencia penal con el fin de garantizar el objetivo político que el Estado ha formulado para la sanción penal.”¹⁴

En los ejes que menciona el autor, llama la atención que hace referencia a estrategias y decisiones, esto quiere decir que el Estado, en su obligación constitucional de proteger a la persona y velar por el bien común, debe implementar acciones en la lucha contra la criminalidad.

Ahora bien, hay conductas que no son punibles, entonces el Estado, a través del Congreso de la República de Guatemala emite leyes que protegen valores fundamentales como la vida, la libertad, el patrimonio, la seguridad del tránsito, el patrimonio cultural, el medio ambiente, el ahorro y el capital, para citar algunos, a estos se les denomina bienes jurídicos protegidos; si el sujeto viola, mediante su actuar, los mencionados bienes, la sociedad se lo reprocha, entonces hay que iniciar una investigación para determinar tal extremo; seguidamente entran los órganos jurisdiccionales quienes determinarán en sentencia firme, la culpabilidad o inocencia del sujeto; inmediatamente después, éste debe ser sancionado,

¹⁴ Ramírez, Luis. **Manual de derecho procesal penal**. Pág. 6

si es culpable por supuesto, y es donde entra en juego la función motivadora del tipo, pues los miembros de la sociedad saben qué no se debe hacer.

En resumen, parece acertada la afirmación del autor por la argumentación hecha con anterioridad, lo cual abarca todo el qué hacer del Estado, la pregunta aquí es ¿el derecho penal del enemigo es acorde con estas estrategias?, más adelante se dará respuesta a esta interrogante, de momento sólo se reitera la responsabilidad y obligación del Estado de Guatemala de prevenir el delito y garantizar una pronta y cumplida justicia, todo en concordancia con lo establecido en la Constitución Política de la República de Guatemala.

2.4. Criminología moderna

Es momento ahora de hacer una breve referencia a los antecedentes de la criminología moderna, para tener una idea general en cuanto al tema; en este orden de ideas, Santiago Leganés afirma que: "la criminología moderna se presenta a mediados del siglo XX, donde se fija la atención en los procesos de criminalización, en el ambiente social y donde se estudia a la víctima. La criminología es una ciencia empírica e interdisciplinaria, que se ocupa del estudio del crimen, de la persona del infractor, la víctima y el control social del comportamiento delictivo y trata de suministrar una información válida, contrastada, sobre la génesis, dinámica y variables principales del crimen contemplado éste como problema individual y como problema social, así como sobre los programas de prevención eficaz del mismo, las técnicas de intervención positiva en delincuente y los diversos modelos o sistemas de respuesta al delito"¹⁵

¹⁵ Leganés Gómez, Santiago. **Criminología**. Pág. 14

Como se puede apreciar con la afirmación del citado autor, esta disciplina es relativamente nueva, para no crear confusiones, es indispensable tener en cuenta que el derecho penal se encarga del estudio del delito, hay otras disciplinas que también los estudia, como la sociología, por ejemplo, el meollo del asunto aquí es de qué forma lo estudia; en este orden de ideas, la Criminología ha de contemplar el delito no sólo como comportamiento individual, sino, sobre todo, como problema social. Y es que es cuando se comete un delito a quien más se afecta es a la sociedad, por increíble que parezca, es ahí donde esta disciplina juega un papel importante.

Por otra parte, el mismo autor define la criminología como: "el conjunto ordenado de saberes empíricos sobre el delito, el delincuente, el comportamiento socialmente negativo y sobre los controles de esta conducta. Su ámbito científico puede caracterizarse de modo preciso con los tres conceptos básicos de delito, delincuente y control del delito. A ellos hay que agregar también lo que concierne a la víctima y a la prevención del delito."¹⁶

Lo que el citado autor Leganés, da a entender es que la criminología gira en torno a dos contextos: el objeto y el sujeto del delito; el primero, hace referencia a cómo se cometió el mismo, sus móviles, todas las herramientas empleadas en su ejecución; el segundo, es a criterio personal, el más importante, pues abarca la participación criminal, la piedra angular en el derecho penal, pues si no hay un sujeto responsable no hay a quien combatir (tomando como base la teoría del derecho penal del enemigo), no hay a quien rehabilitar (tomando como base el objeto del derecho penal del ciudadano).

¹⁶ *Ibíd.* Pág. 75

La criminología, como dice el citado autor, previene el delito, con ello se protege a la víctima, cuestión que se comparte, pues el Estado debe velar por la protección a la persona, para llevar a cabo esta obligación, debe establecer estrategias de lucha contra el delito (política criminal).

2.4.1. La relación entre la criminología y la política criminal

Después de haber hecho un esbozo de lo que es la criminología y la política criminal, es momento ahora de establecer qué relación guardan entre sí estas dos disciplinas, bajo estos términos, el autor Emiliano Borja, afirma que: "A la criminología le corresponde el estudio empírico del fenómeno criminal; la política criminal se ocupa de establecer, a partir del conocimiento aportado por aquella, las técnicas y estrategias más adecuadas para prevenirlo y combatirlo; y el derecho penal se encargaría de cristalizar estos métodos y teorías en preceptos y principios jurídicos que les otorgaría obligatoriedad y vigencia."¹⁷

Es interesante la afirmación del autor citado, él asevera que la política como la criminología y el derecho penal se complementan, opinión que se comparte, pues para explicar de una manera sencilla lo que quiere decir el autor, lo cual se explica a continuación:

La criminología está en un primer término, es decir para estudiar el delito, causas, sujetos; en segundo lugar, entra la política criminal, para establecer estrategias para erradicar el delito, lo cual se realiza mediante métodos o técnicas como el establecimiento de tipos penales que tutela bienes jurídicos regulados en la parte dogmática de la Constitución

¹⁷ Borja Jiménez, Emiliano. **Concepto de política criminal**. Pág. 140

Política de la República de Guatemala; en tercer lugar, entra el derecho penal para que, mediante la ley penal, se sancione al sujeto responsable de violar la norma jurídica. Por lo tanto, las tres disciplinas se complementan, no pueden estar aisladas.

2.5. Función del derecho penal del enemigo en Guatemala

Se iniciará el presente apartado con la pregunta ¿Cómo se mantiene la vigencia de la norma jurídica? Al respecto, José Delgado, manifiesta que: “Norma vigente significa norma existente, las normas jurídicas existen siempre en una sociedad y en un tiempo determinado. Norma no vigente sería aquella que no existe actualmente en dicha sociedad, bien porque existió en el pasado, pero ahora es ya parte del derecho histórico de la misma, bien porque se trata de un mero proyecto, de una norma meramente posible.”¹⁸

Haciendo una interpretación de lo afirmado por el autor citado, se puede colegir que las normas vigentes son las que existen y son de observancia obligatoria para todos, he ahí la característica de generalidad que revisten las normas, ya que no se debe seleccionar a personas determinadas para la eficaz aplicación, pues toda norma establecida en el ordenamiento jurídico tiene como fin su cumplimiento, encuadrar el qué hacer dentro de la misma.

Si esto no sucede, se convierte en una norma no vigente, esto quiere decir que un sujeto que encuadra su conducta en un tipo penal debe ser sancionado por el Estado en el uso del ius puniendi; sin embargo, si no se sanciona a esta persona por la comisión del delito, la

¹⁸ Delgado Pinto, José. **Vigencia y validez de las normas jurídicas**. Pág. 2

norma tácitamente pierde vigencia, pues se vuelve una costumbre de no aplicar la norma jurídica y en este sentido es donde la norma pierde la positivización, quedando solamente regulada en el ordenamiento jurídico (norma vigente no positiva).

¿Qué tiene que ver esto con el derecho penal del enemigo?, al respecto se cita a la autora Lidia Juárez, quien expone el argumento siguiente: “el derecho penal del enemigo surge como una postura teórica en la dogmática penal, mediante el cual, el Estado ya no dialoga con los ciudadanos para mantener la vigencia de la norma, sino que combate peligros. La pena se dirige al aseguramiento frente a hechos futuros, no a la sanción de hechos cometidos. Uno de sus mayores exponentes.”¹⁹

Es lo que se explicaba con anterioridad, mantener la vigencia de la norma es cumplir la misma, esto implica actuar bajo el imperio de aquella, anticiparse a posibles hechos delictivo no es acorde en un estado de derecho, sin embargo, es el enfoque que los precursores de la doctrina del derecho penal del enemigo han establecido para (según ellos) mantener la paz social.

2.6. Incidencias y consecuencias

En el apartado dos punto tres de la presente investigación se dejó la interrogante: ¿el derecho penal del enemigo es acorde con las estrategias de la política criminal?, dando respuesta a la misma, se dice que la política criminal trata de evitar la comisión de hechos delictivos, mediante estrategias que el Estado adopta con ese fin y aplicar el derecho penal.

¹⁹ Juárez Barato. **Op. Cit.** Pág. 4

En instrumentos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos que Guatemala ha ratificado, en la cual se compromete a respetar derechos establecidos en dicho instrumento internacional estén o no taxativamente regulados en la Constitución Política de la República de Guatemala.

¿Qué sucede si el Estado de Guatemala no respeta las garantías establecidas en la Constitución Política de la República de Guatemala?, sencillamente, deviene una inconstitucionalidad, pues el Estado de Guatemala ve la aplicación de la ley penal desde el punto de vista de los derechos humanos, es decir, de proteger a cualquier persona que se le violente un derecho consignado dicho cuerpo legal.

En cuanto al respeto de los derechos humanos, la ley no hace distinción entre persona, (cometan o no hechos delictivos) gozan de la protección constitucional, en tal sentido, es menester traer a colación las ideas del autor Miguel Ángel Mancera, quien afirma que: "las organizaciones criminales gozan en algunos casos de mayor poder que los Estados, o cuando menos escapan del control jurídico y político, generándose un déficit crónico en el tema de la persecución de este tipo de delincuencia.

En efecto se pueden dividir dos momentos: el primero, criminalización en el estadio previo a la lesión del bien jurídico; el segundo, necesidad de reaccionar en contra de los sujetos que no se ajustan la norma, de aquellos para los cuales la criminalización normal no funciona, que no pueden ser considerados como ciudadanos y que son personas, pero solo en potencia, a ellos no se sanciona, se les combate."²⁰

²⁰ Mancera Espinosa, Miguel Ángel. **Derecho penal del enemigo**. Pág. 590

El autor citado, con su afirmación, está a favor de la doctrina del derecho penal del enemigo, él asevera que es para proteger al ciudadano, pues hay personas a las que no se les puede rehabilitar (esto es lo que se interpreta de la afirmación del autor), lo cual parece congruente por una parte; sin embargo, el hecho de juzgar antes de la lesión al bien jurídico tutelado es lo que no se concibe, por las razones argumentadas.

Por otra parte, se ha dicho que los derechos humanos favorecen a los delincuentes, es un argumento que va ser válido dependiendo del punto de vista que se quiera ver, por ejemplo, si es una persona que robó un automóvil, lógicamente la víctima del ilícito querrá que al sujeto activo se le castigue drásticamente, pero si dentro del proceso penal no se le prueba nada, qué sucede, se emitirá una sentencia absolutoria y la persona quedará libre de todo cargo, así de sencillo y la víctima verá que el sistema de justicia es injusto.

Esto pasa porque los partidarios que están a favor de la doctrina del derecho penal del enemigo argumentan que las normas son muy rígidas; dicha rigidez se da cuando se establece tanta garantía que tiene que observarse dentro del proceso, como la irretroactividad de la ley, por ejemplo, las normas que regulan las excusas absolutorias, en donde no se sanciona al sujeto por cuestiones de política criminal (ejemplo, el robo o hurto entre parientes dentro de los grados de ley, donde la Constitución Política de la República de Guatemala le da más prioridad a la familia que al apoderamiento de cosa ajena total o parcialmente ajena), qué se evidencia con este ejemplo, un derecho humano prevalece.

¿Pero qué sucedería si las normas fueran más flexibles? Para el ejemplo anterior, se sancionaría a la persona sin importar el núcleo familiar, ¿será esto justo?, pues los defensores de la doctrina del derecho penal del enemigo dicen que sí, pues con la aplicación



de esta teoría, se justifica el derecho penal basado en violación a los derechos humanos, violación a las garantías constitucionales del detenido o procesado. Esa es la consecuencia de aplicar la doctrina del derecho penal del enemigo en Guatemala, que de hecho hay leyes en las cuales se evidencia la misma, aunque en la Constitución Política de la República de Guatemala se establezca todo lo contrario.

Para finalizar el presente capítulo, se considera que todo ese conjunto de estrategias que el Estado adopta en la lucha contra la criminalidad denominado política criminal no es acorde con el derecho penal del enemigo, en una sociedad hay ciudadanos y enemigos, en ese aspecto tiene razón, a criterio personal Günther Cancio, pero claro, se puede combatir al enemigo, siguiendo la política de mantener la vigencia de la norma jurídica.



CAPÍTULO III

3. Violación a las garantías, principios y derechos derivados de la aplicación del derecho penal del enemigo

Un principio es un lineamiento doctrinario que sirve de guía para la creación, aplicación e interpretación de normas jurídicas, mientras que una garantía es una norma jurídica inspirada directamente de un principio y que tiene por objeto evitar que a una persona le sean violados sus derechos.

Por lo que, en el presente capítulo, se analiza brevemente las garantías constitucionales aplicables al proceso penal, principios y derechos que se consideran vulnerados por influencia del derecho penal del enemigo, para finalmente, hacer referencia a la interpretación de las normas y su importancia dentro del proceso penal.

En este orden de ideas, el profesor Allan Valverde, afirma que: “el derecho penal se ha caracterizado por respetar los principios, derechos y garantías en materia penal, no obstante, como consecuencia del incremento de la delincuencia organizada a nivel mundial, se ha visto obligado a ceder espacios a nuevas tendencias e ideologías.”²¹

Por su parte, el profesor Ludwin Villalta, afirma que por garantía debe entenderse: “el conjunto de seguridades o protecciones a favor de los gobernados dentro de un estado de derecho, de una entidad política estructurada y organizada jurídicamente, en que la actividad

²¹ Arburola Valverde, Allan. **Derecho penal del enemigo**. Pág. 222

del gobierno está sometida a normas preestablecidas, que tiene como base de sustentación el orden constitucional.”²²

La anterior definición es congruente, pues de la misma se colige que el objeto es evitar que a una persona le sean violados sus derechos. Con esto se afirma que no debe dejarse a un lado la protección del sindicato dentro del proceso.

El autor citado hace referencia a que, el derecho penal se ha caracterizado ha tenido que adaptarse a nuevas tendencias, según él, para combatir la criminalidad, cuestión acertada para países desarrollados, sin embargo, a criterio personal, Guatemala, no está preparada para ceder estos espacios, más bien, da lugar a vulnerar esos derechos y garantías.

El derecho penal cuenta con diversidad de principios y garantías, sin embargo, solamente se desarrollan en este capítulo aquellos que han sido influenciados por la doctrina del derecho penal del enemigo.

3.1. Las garantías constitucionales en el proceso penal

A continuación, se analizarán las garantías constitucionales que deben regir en el proceso penal, para asegurar los derechos y para oponerse a injustificadas pretensiones del adversario, pues todas las etapas del proceso deben desarrollarse con los lineamientos establecidos en la Constitución Política de la República de Guatemala.

²² Villalta Ramírez, Ludwin Guillermo. **Principios, derechos y garantías estructurales en el proceso penal.** Pág. 13

3.1.1. Juicio previo

Se basa en el derecho de defensa que tiene toda persona de no ser condenada sin que previamente se le haya citado, oído y vencido en proceso penal ante un juez previamente y pre establecido, aspecto regulado en el Artículo 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

Analizando lo anterior, se puede establecer lo siguiente: A toda persona se le debe citar ante un juez competente y prestablecido para solucionar su situación jurídica, también aquí es donde entran en funcionamiento las medidas de coerción, pues el propósito es la presencia de la persona ante el juez.

Oído en proceso penal significa que a toda persona que se le debe indicar los motivos, el Ministerio Público le imputa los hechos con todas las circunstancias de tiempo, modo, forma y lugar, la defensa técnica objeta los planteamientos del fiscal, al final el juez decide de acuerdo con su sana crítica razonada la situación del sindicado. Ser vencido en juicio significa que se ha emitido una sentencia de carácter condenatorio, lógicamente esto sólo se da en sentencia en la fase del juicio.

Con la aplicación de la doctrina del derecho penal del enemigo, la persona es condenada, prácticamente, desde el momento de su detención, pues generalmente se informa ante los medios de comunicación y redes sociales que pertenece a una estructura criminal, que es un delincuente peligroso, que la Policía está haciendo su labor y la Comisión Internacional Contra la Impunidad en Guatemala logró desbaratar dicha estructura, es decir, se le cataloga como un delincuente peligroso que forma parte de grandes estructura dedicadas a

determinado hecho ilícito; desde este momento, se está violentando esta garantía al detenido, porque es vista como enemigo y el delito de asociación ilícita, generalmente no se logra establecer y se absuelve, es donde se evidencia la aberración cometida.

3.1.2. Derecho a ser tratado como inocente

El Artículo 14 de la Constitución Política de la República de Guatemala en su parte conducente preceptúa: "...Toda persona es inocente, mientras no se le haya declarado responsable judicialmente, en sentencia debidamente ejecutoriada..." También se encuentra regulada en el Artículo 8, numeral dos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) y en el Artículo 14 del Código Procesal Penal.

De la transcripción del artículo constitucional citado, se colige que, durante el desarrollo del proceso penal, a toda persona se le tiene que tratar como inocente, pues la culpabilidad es un elemento que se determina con los medios de prueba en la etapa procesal oportuna; entonces, el elemento positivo del delito denominado culpabilidad sólo va tener aplicación hasta en la sentencia, cuando ya se han recibido los medios de prueba del Ministerio Público y de la defensa técnica, y que la misma sea debidamente ejecutoriada, esto significa que no esté pendiente ningún recurso.

La influencia del derecho penal del enemigo juega un papel preponderante en este sentido, porque esta garantía es otra de las más vulneradas desde ante del inicio de la etapa preparatoria, la persona es culpable desde el momento de su detención; generalmente los elementos de convicción preliminares (son medios que posteriormente se convertirían en pruebas) no se han recabado en todo. Aunado a ello, esta garantía tiene relación con la

anterior, pues el Estado trata como sujeto peligroso al sindicato, sin que haya sido puesto ante juez competente aun, es decir sin rendir su primera declaración.

3.1.3. Derecho de defensa técnica y material

Esta garantía se debe explicar en dos sentidos: en primer lugar, toda persona tiene derecho a declarar o a abstenerse de declarar y que esa decisión no será utilizada en su perjuicio, esto significa, relatar los hechos como la persona crea conveniente, aunque es arma de dos filos, pues la misma declaración, en ocasiones, termina hundiendo al sindicato.

Generalmente esta es la frase que, en el proceso penal, los jueces de primera instancia y los tribunales de sentencia, les advierten a los sindicatos. La declaración, que es opcional, sirve para hacer uso del derecho de defensa material, no se considera como medio de convicción ni de prueba, aquí el sindicato puede argumentar todo lo que el desee, en cualquier momento y las veces que quiera sin restricción alguna, aunque en la práctica, los jueces dan oportunidad después de la imputación que realiza el Ministerio Público, posteriormente, ya no hay oportunidad (lógicamente aquí se vulnera este derecho, ya que la ley no restringe el mismo, pero el criterio jurisdiccional está tan viciado que no se respetan los derechos).

Por otra parte, toda persona debe ser asistida por un abogado ya sea particular o del Instituto de la Defensa Pública Penal, este es un requisito sine qua non, para llevar a cabo una audiencia, pues de lo contrario se estaría violentando el derecho de defensa y el debido proceso. Cuando el sindicato declara, los sujetos procesales pueden interrogarlo en aspectos que no han quedado claros para la averiguación de la verdad, labor que le

corresponde al Ministerio Público, en la práctica, el objeto del ente investigador es lograr la condena del sujeto para generar estadísticas, a criterio personal, se está utilizando la doctrina del derecho penal del enemigo, pues se desvirtúa el mandato constitucional.

3.1.4. Prohibición de persecución o sanción penal múltiple

También llamada *non bis in ídem*, afirma el profesor Ludwin Villalta que: “El tribunal ha sentenciado que no debe duplicarse sanciones cuando se trate de un mismo sujeto, un mismo hecho y las sanciones tengan un mismo fundamento. Asimismo, se prohíbe que las autoridades del mismo orden sancionen repetidamente el mismo hecho a través de procedimientos distintos.”²³

Cabe destacar que esta garantía no está regulada en la Constitución Política de la República de Guatemala, sino en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pero siendo un tratado internacional, ratificado por Guatemala, forma parte del ordenamiento jurídico y por lo tanto, es de aplicación forzosa.

En algunos casos hay estructuras criminales en las cuales, sus miembros son capturados en momentos y delitos distintos, algunos son condenados en un tiempo determinado y en posteriormente esa misma persona está siendo sindicada por el mismo hecho, es aquí donde el derecho penal del enemigo influye en esta garantía, pues el fin es, como se dijo antes, generar una estadística sin importar qué garantías se estén vulnerando.

²³ *Ibíd.* Pág. 48

3.1.5. Imparcialidad

Se refiere a que los jueces deben ejercer la función jurisdiccional limitando su actuación al cumplimiento de la ley. Esta garantía se encuentra regulada en el Artículo 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala, la misma hace referencia a la garantía judicial (una de las garantías del principio de legalidad) y se concatena con el Artículo 7 del Código Procesal Penal y el Artículo 8, numeral uno de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La influencia del derecho penal del enemigo se evidencia, porque en la práctica algunos tribunales tienden a orientarse a favor de una de las partes, pues se presentan todos los medios de prueba ya sea para desvanecer o imputar los cargos, sin que el juzgador observe los mismos, se evidencia una eminente violación a esta garantía.

3.1.6. Juez natural

Esta garantía se regula en el Artículo 12, segundo párrafo y 17 de la Constitución Política de la República y 16 de la Ley del Organismo Judicial. Los mismos hacen referencia a que a ninguna persona se le puede juzgar por medio de tribunales de fuero especial, es decir para el caso en particular (juez ad hoc), a contrario sensu, debe estar previamente establecido. La esencia de los artículos en mención es para no atentar contra el debido proceso.

Ahora bien ¿en qué influye el derecho penal del enemigo en este aspecto?, tácitamente en la violación a normas jurídicas previamente establecidas, pues si bien es cierto, el juzgador es nombrado con antelación, al momento de resolver, por fuerza quiere encuadrar la

conducta del sujeto al tipo penal, haciendo, según el juez, una interpretación analógica (en realidad utiliza la analogía, aunque esté prohibida por la ley), de cualquier manera se ingenian estrategias para justificar su actuar.

3.2. Principios constitucionales aplicables al proceso penal

A continuación, se estudian los principios regulados en la Constitución Política de la República de Guatemala y que han sido influenciados por la doctrina del derecho penal del enemigo, entre estos se encuentran:

3.2.1. Indubio pro reo

Significa que en caso de duda se debe estar en lo que más le favorezca al reo. Se encuentra regulado en el Artículo 15 de la Constitución Política de la República de Guatemala y en el Artículo 14 del Código Procesal Penal, se considera también como una excepción a la irretroactividad de la ley penal, pues la misma se debe aplicar siempre del modo que no perjudique al reo, esto es así porque es un principio basado en que el debido proceso debe llevarse a cabo en observancia de la ley, sirve para evitar que a una persona inocente pueda ser condenada.

La doctrina del derecho penal del enemigo tienen influencia en este principio porque, a pesar que hay duda, los sujetos son condenados con anterioridad desde la primera declaración, lo que se considera una eminente violación a la norma citada, inclusive se evidencia con aquellas sentencias condenatorias de seis meses, cuando el sujeto ha pasado tres años en prisión preventiva, lo cual es inaudito; el Estado en este caso, está obligado a indemnizar a

la persona por ese daño causado sin que cumpla esta norma. El sujeto es catalogado como enemigo de la sociedad desde su detención y mantiene esa calidad durante todo el proceso hasta la sentencia, inclusive si es absuelto, queda como tal.

3.2.2. Favor libertatis

Este principio se encuentra regulado en el Artículo 14, segundo párrafo del Código Procesal Penal. La esencia de este principio radica en que se debe dictar prisión preventiva sólo en casos excepcionales, de lo contrario debe beneficiarse al sindicado una medida no privativa de libertad, es decir, una medida sustitutiva.

Estos casos excepcionales son el peligro de fuga y obstaculización a la averiguación de la verdad, generalmente el juez considera que el procesado puede entorpecer la marcha del proceso y decide enviarlo a prisión para evitar influencias en la investigación realizada por el Ministerio Público.

Sin embargo, este principio es el más vulnerado con la doctrina del derecho penal del enemigo, pues, últimamente, los juzgadores no otorgan falta de mérito ni medida sustitutiva alguna, cuando el Código Procesal Penal, claramente indica a qué delitos no se les puede aplicar la medida, en los demás casos es inconcebible cómo pretenden los órganos jurisdiccionales aniquilar al procesado mandándolos a lugares donde no se cumplen con las garantías mínimas de los centros de detención provisional. La pregunta es ¿qué lleva a los juzgadores a tomar estas decisiones?, hay reos que no son tan peligrosos que no van a entorpecer la investigación, a criterio personal, esto se debe a presiones de organismos internacionales en donde se evidencia la falta de criterio jurisdiccional para emitir

resoluciones. ¿Cómo es posible que se haya inventado la figura de la prisión provisional?, es inaudito esto realmente, se evidencia una violación a los derechos de los detenidos, la sociedad ve que estas personas son enemigos aun sin probarles nada.

3.2.3. Libertad de la prueba

Previo a explicar este principio, se hace necesario responder a la pregunta ¿qué criterios hay para incorporar las pruebas?, tanto el Ministerio Público como la defensa del sindicado presentan las pruebas que consideran adecuadas y con las que pueden convencer al juzgador para que dicte una sentencia condenatoria o absolutoria según el caso.

Este principio se encuentra regulado en el Artículo 182 del Código Procesal Penal, el cual preceptúa: "...Se podrá probar todos los hechos y circunstancias de interés para la correcta solución del caso por cualquier medio de prueba permitido..." Llama la atención la redacción del Artículo antes citado, pues la libertad de prueba se refiere únicamente a las pruebas permitidas, esto es así porque dentro del proceso penal, los medios de prueba deben pasar por un filtro ante el juez que controla la investigación, es decir la audiencia de ofrecimiento de prueba regulada en el Artículo 343 del Código Procesal Penal.

En dicha audiencia las partes generalmente ofrecen cualquier medio de prueba que incorporarán en el debate oral y público, pero hay algunas que son objetadas por las partes y que el juez contralor de la investigación (el juez de primera instancia) las declara con lugar, estas pruebas ya no se pueden incorporar por ningún medio al debate, ni aún como pruebas nuevas. En la actualidad, generalmente en la etapa del juicio, se evidencia una violación al principio en mención, pues el acusado ofrece pruebas de descargo que sólo sirven por

cumplir la etapa procesal de recepción de medios de prueba, pues algunos órganos jurisdiccionales ya tienen una resolución anticipada, en este aspecto es donde se evidencia el derecho penal del enemigo.

Los pocos casos en los que la defensa técnica logran que absuelvan a su patrocinado, es por la deficiencia de pruebas que presenta el Ministerio Público, no porque las propias pruebas del acusado desvirtúen los cargos.

3.3. Derechos constitucionales del detenido en el proceso penal

Después de haber analizado los principios y garantías constitucionales en el proceso penal y sus diferencias, es momento ahora de estudiar los derechos constitucionales del detenido en el proceso penal y la manera en que los mismos son violentados por la aplicación de la doctrina del derecho penal del enemigo, a pesar de que desde el momento de su detención goza de ciertos derechos que no pueden ser restringidos, esto no siempre se cumple; en primer lugar, porque los derechos no son conocidos por toda la población, a pesar que hay mecanismos para hacer llegar la información a la población, la misma no se da; y en segundo lugar, porque las autoridades cometen arbitrariedades, pues la misma Policía Nacional Civil resulta involucrada en hechos delictivos, los más comunes son: el cohecho, abuso de autoridad y desobediencia.

3.3.1. Libertad individual

Se encuentra regulado en el Artículo cinco, seis y 13 de la Constitución Política de la República de Guatemala, el mismo hace referencia a que la libertad individual debe

prevalecer en el proceso penal, por tal motivo, es que existe un plazo (seis horas) en el cual se debe de poner a disposición de la autoridad judicial competente al detenido (generalmente se da en los casos de flagrancia y cuasi-flagrancia regulada en el Artículo 257 del Código Procesal Penal).

Lo anterior, a criterio personal, tiene una doble finalidad: la primera, que la persona no sufra vejámenes, pues son derechos humanos los que se están garantizando a cabalidad; la segunda, que la persona sea escuchada en un plazo razonable para que pueda dilucidar su situación jurídica y evitar la prisión a toda costa, sólo excepcionalmente debe restringírsele la libertad a la persona.

Es de hacer notar que, cuando existe orden emanada de juez competente, de igual manera se debe proceder a la aprehensión de la persona, el plazo sigue siendo el mismo.

Por otra parte, el profesor Ludwin Villalta, afirma que: "la Constitución recoge un amplio espectro a través del cual las normas relativas a derechos humanos deben ser interpretadas según su naturaleza y su fin lo cual se podrá resumir en respetar la dignidad del ser humano, evitando en todo lo posible el abuso arbitrario del poder estatal."²⁴

Se comparte la opinión de citado autor en virtud de que las garantías individuales de toda persona deben ser siempre respetadas, para ello deben previamente estar reconocidas en la Constitución Política de la República de Guatemala; la garantía más sagrada es la presunción de inocencia (ya se explicó con anterioridad cómo se vulnera); por otra parte, el

²⁴ *Ibíd.* Pág. 35

proceso penal debe basarse en un derecho objeto y no pretensiones adversas a la persona humana (como el derecho penal del enemigo).

La influencia de esta doctrina es evidente; en primero lugar, solamente se le hace saber tal motivo, posteriormente, es enviado a prisión provisional mientras rinde su primera declaración, haciendo caso omiso a lo que establece la Constitución Política de la República de Guatemala; en segundo lugar, porque el mismo cuerpo legal establece el plazo de 18 horas (no lo regula así taxativamente, pues son 24 horas desde su detención) para que sea escuchado el detenido, cuestión que no se cumple en la práctica.

3.3.2. Prohibición al uso irracional de la fuerza

En el momento de la detención de una persona, pueden darse varios factores a saber: si el detenido opone resistencia, lógicamente, la autoridad, en este caso la Policía Nacional Civil, deberá reaccionar para reducir al orden a la persona y evitar que se dé a la fuga o que cause un daño mayor, pues la responsabilidad de consignarlo es de ellos; si, por el contrario, el detenido no opone resistencia, la autoridad debe actuar de racionalmente, es decir, consignarlo de manera adecuada a la torre de tribunales.

Ante esta situación cabe la pregunta: ¿Qué pasa entonces con la doctrina del derecho penal del enemigo? Como se ha reiterado en varias ocasiones, con dicha doctrina, el delincuente es visto como enemigo para la sociedad, la fuerza es utilizada sin tomar en cuenta la actitud del detenido, en este caso el funcionario incurriría en el delito de abuso de autoridad, la doctrina del derecho penal del enemigo defiende al funcionario en este caso y perjudica al detenido.

3.3.3. Notificación de las causas de detención

Este es un derecho que viene a complementar el anterior, pues regularmente cuando se detiene a una persona, a esta se le informa los motivos de la misma, al tenor de lo que establece el Artículo siete de la Constitución Política de la República de Guatemala, debe ser las causas siguientes: la primera, el motivo que motiva la detención; la segunda, la autoridad que ordena la detención (en caso sea ordenada por juez competente), salvo el caso de flagrancia; la tercera, el lugar en que la persona permanecerá. Este derecho de igual manera, se encuentra regulado en el Artículo siete, numeral cuarto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

3.3.4. Notificación de sus derechos

Este es uno de los derechos más importantes, razón por la cual, la policía Nacional Civil debe conocer los derechos establecidos en la ley. Este derecho se encuentra regulado en el Artículo ocho de la Constitución Política de la República de Guatemala, el cual preceptúa: "...Toda persona deberá ser informada inmediatamente de sus derechos en forma que le sean comprensibles, especialmente que pueda proveerse de un defensor, el cual podrá estar presente en todas las diligencias policiales y judiciales.

El detenido no podrá ser obligado a declarar sino ante autoridad judicial competente." El Artículo anteriormente citado hace referencia a los derechos del detenido, dándole prioridad al derecho de defensa técnica regulada también en el Artículo 92 del Código Procesal Penal; y al derecho de defensa material regulado también en el Artículo 81 del Código Procesal Penal. Este es, sin lugar a dudas, el derecho más importante, pues solamente el profesional

del derecho tendrá la estrategia necesaria para ayudar al detenido a solventar su situación legal.

3.4. La interpretación de las normas jurídicas que regulan las garantías y principios dentro del proceso penal

Luego de haber analizado las garantías, principios y derechos vulnerados dentro del proceso penal, es momento ahora de explicar brevemente cómo deben interpretarse las mismas para tener un adecuado debido proceso.

En primer lugar, es necesario entender qué es interpretación, para ello, la doctrina afirma lo siguiente: “el derecho se formula sobre la base de esquemas que existen en la realidad objetiva, mediante un proceso de abstracción que permite crear conceptos, principios, presunciones, ficciones, instituciones, entre otros.”²⁵

Para adentrarse aún más en el tema, es necesario responder a ciertas interrogantes: ¿qué es interpretar?, ¿quiénes vulneran los derechos de las personas dentro del proceso?, ¿por qué se vulneran esos derechos?

Antes de responder a estas interrogantes, es necesario explicar algunas cuestiones doctrinarias con relación al tema. “Para que el derecho y la ley cumplan sus más anhelados fines es esencial el proceso de interpretación y aplicación que realiza el juez, tanto de la norma jurídica como sobre los hechos que motivan el juicio penal... Dentro del proceso

²⁵ Villegas Lara, René Arturo. **Temas de introducción al estudio del derecho y de teoría general del derecho.** Pág. 253.

penal, los principios y reglas constitucionales (sustantivos y procesales) dan las pautas y guías para operar el derecho, la ley y los hechos objeto de conocimiento...”²⁶

De lo afirmado por el referido autor, se puede responder a la primera interrogante de la siguiente manera: interpretar es desentrañar el sentido de las normas jurídicas, es lo que se conoce como espíritu de las leyes, lo que equivale a qué quiso decir el legislador o el constituyente al regular o positivizar las normas ordinarias o constitucionales.

El primero de los autores citado, hace referencia al aspecto objeto del derecho, ya que se deben elaborar métodos y técnicas que ayuden a la aplicación de las normas jurídicas; esto tiene sentido, porque si una norma jurídica no está creada, no puede interpretarse y mucho menos aplicarse. Por eso es que el aspecto objeto debe centrarse en las necesidades de la realidad histórica, ya que no es lo mismo una norma de hace un siglo, que una reciente promulgada, razón por la cual hay que tomar en cuenta el momento histórico de aplicación de las normas jurídicas.

Por otra parte, como afirma el segundo autor citado, lo fundamental para cumplir la norma es interpretar y esta es labor del juez (hablando de la interpretación judicial), pero no solo de él, pues antes del juez, la tarea le corresponde a los diputados del Congreso de la República de Guatemala (interpretación auténtica), aunque si se va más atrás aún, la tarea primordial es de los estudiosos del derecho (interpretación doctrinal), pues la doctrina es el sustento para cualquier sistema jurídico, porque son ellos quienes le dan sentido a las normas cuando son creadas.

²⁶ Par Usen, José Mynor. **El debate oral**. Pág. 36.



Adentrándose en el proceso penal, se considera que el principal violador de los derechos de las personas es el órgano jurisdiccional, pues se evidencia que existen fallos que no van de acuerdo a las pruebas presentadas, más pareciera presiones internacionales o acuerdos previos a la audiencia; en otras palabras, falta de objetividad y temor de ser sancionados los jueces si no dictan fallos condenatorios o resoluciones que hundan al sindicato, con esto último queda respondida la tercera interrogante también.

En conclusión, la tarea interpretativa es de todos, abogados litigantes, fiscales, jueces, doctos en la material, magistrados, legisladores y quienes se desenvuelven en el sistema de justicia.



CAPÍTULO IV

4. La influencia del derecho penal del enemigo e inconstitucionalidades en la Ley contra la Narcoactividad

En el presente capítulo se estudia cómo el derecho penal del enemigo ha influido en la Ley contra la Narcoactividad, estableciendo las consecuencias y la vulneración a garantías constitucionales, previamente se hace referencia a la inconstitucionalidad de las leyes en Guatemala, clases de inconstitucionalidad.

4.1. Análisis de la Ley contra la Narcoactividad

La Ley contra la Narcoactividad fue aprobada con fecha 23 de septiembre de 1992, emitida mediante el Decreto 48-92 del Congreso de la República de Guatemala, contienen 80 Artículos nominales, divididos en XII capítulos.

El espíritu de la ley se regula en el Considerando tercero de la misma, el cual preceptúa: "...el país ha sido víctima de la acción delictiva del narcotráfico en general, sin que a la fecha exista una legislación adecuada que enfrente de manera general y profunda este problema que causa daño no solo a los ciudadanos sino al propio régimen de derecho y la institucionalidad del país..."

Previo a entrar en detalle, es necesario aclarar qué es el espíritu de la ley, en este orden de ideas, la doctrina afirma que: "la leyes en su significación más extensa, no son más que las relaciones naturales derivadas de la naturaleza de las cosas; y en este sentido, todos los

seres tienen sus leyes... son pues las relaciones que existen entre ellas mismas y los diferentes seres, todo tiene una razón de ser...²⁷

Haciendo una interpretación de lo que afirma el autor, el espíritu de una ley no es más que la fuente, la razón, el por qué se creó la misma, es decir, que tenga un fundamento, que lógicamente es proteger el derecho a la salud como bien público, ya que la drogadicción ha influido en la sociedad en los últimos años, derivado de esta práctica, se han cometido diversos hechos al margen de la ley que son nocivos para la salud.

Quiere decir entonces, que la Ley contra la Narcoactividad, tienen su razón de ser, el legislador tuvo un motivo. Este aspecto se basa normalmente en cuestiones históricas y por compromisos del Estado para frenar la problemática.

Ante tal situación cabe la pregunta ¿cuál es esa problemática?, la respuesta se encuentra en el Considerando dos de la Ley contra la Narcoactividad, el cual en su parte conducente preceptúa: "...luchar contra el narcotráfico y toda actividad relacionada con la producción, fabricación, uso, tenencia, tráfico y comercialización de los estupefacientes y drogas..." Esta lucha es porque el Estado de Guatemala ha ratificado diversos tratados internacionales relativos a la narcoactividad como lo que se mencionan a continuación:

- a) Convención Única sobre Estupefacientes, suscrita en Nueva York, el 30 de marzo de 1961, aprobada mediante el Decreto 1585 del Congreso de la República de Guatemala, el 27 de marzo de 1963 y ratificada el 11 de octubre de 1967.

²⁷ Montesquieu, Charles Louis. **El espíritu de las leyes**. Pág. 3.



- b) Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, suscrita el 20 de diciembre de 1988, aprobada mediante Decreto 69-90 del Congreso de la República de Guatemala, ratificada el 27 de diciembre de 1990.

- c) Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas, suscrita el 21 de febrero de 1971, aprobada mediante los Decretos 98-97, 99-97 y 100-97 del Congreso de la República de Guatemala.

- d) Convenio Constitutivo de la Comisión Centroamericana para la Erradicación de Producción, Tráfico, Consumo y Uso Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, suscrito el 29 de octubre de 1993.

- e) Ratificación del gobierno de Guatemala del acuerdo entre los gobiernos de Guatemala y Venezuela sobre estupefacientes y sustancias psicotrópicas, de fecha 29 de agosto de 1991.

- f) Ratificación del gobierno de Guatemala del Convenio para Combatir el Uso Indebido y la Producción y el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas entre Guatemala y Perú, de fecha cinco de diciembre de 1994.

- g) Convenio sobre Prevención del uso Indebido y Represión del Tráfico Ilícito de Estupefacientes y de Sustancias Psicotrópicas entre los gobiernos de Guatemala y Argentina, suscrito el tres de junio de 1992.

- h) Convenio entre Guatemala y Ecuador sobre la Cooperación para Combatir el Narcotráfico y la Farmacodependencia, suscrito el dos de agosto de 1990 y ratificado el 18 de agosto de 1992.
- i) Acuerdo entre Guatemala y los Estados Unidos Mexicanos sobre Cooperación para Combatir el Narcotráfico y la Farmacodependencia, suscrito el 18 de agosto de 1989, aprobado mediante el Decreto 237-91 del Congreso de la República de Guatemala, ratificado el 30 de abril de 1991.

Como se puede apreciar son nueve convenios de suma importancia en los que el Estado de Guatemala se compromete a luchar contra el narcotráfico, llama la atención también la época en la que se ratifica el primero, pero antes del Decreto 48-92 no existía regulación alguna (amenos en legislación ordinaria) en la materia.

Se puede decir entonces, que la problemática del narcotráfico es relativamente nueva y se le conoce con el nombre de narco-Estado, el cual es definido por el profesor Rafael Godínez Bolaños como: "un neologismo que se aplica a aquellos países cuyas instituciones políticas se encuentran influenciadas de manera importante por el narcotráfico y cuyos dirigentes desempeñan simultáneamente cargos como funcionarios gubernamentales y miembros de las redes del tráfico de drogas narcóticas ilegales, amparados por sus potestades legales."²⁸

La afirmación del profesor Godínez es congruente con lo que establece la Ley contra la Narcoactividad, pues, el término narco-Estado, si bien es cierto, no es conocido, Guatemala

²⁸ Godínez Bolaños, Rafael. **Proceso histórico de la administración estatal, colección juritex.** Pág. 27

ha sido influenciada por el narcotráfico, por lo que, a criterio personal, se considera que está cerca de llegar a este extremo.

Por otra parte, el objeto de la ley es, al tenor de lo que establece el Artículo uno de la Ley contra la Narcoactividad: "...protección de la salud y declarar de interés público la adopción por parte del estado (sic) de las medidas necesarias para prevenir el control, investigar, evitar y sancionar toda actividad relacionada con la producción, fabricación, uso, tenencia, tráfico y comercialización de estupefacientes psicotrópicos y demás drogas y fármacos.

De la transcripción del citado artículo se deduce que el bien jurídico tutelado es la salud, o sea que el objeto de la ley responde a la pregunta para qué se creó la ley, el cual es congruente con lo establecido en el Artículo uno y dos de la Constitución Política de la República de Guatemala. Por otra parte, aunque no se establezca expresamente, la ley tiene por objeto frenar de manera permanente el narcotráfico que tanto daño le hace a la sociedad.

Asimismo, el órgano encargado de la aplicación de la ley es la Comisión contra las Adicciones y el Tráfico Ilícito de Drogas, el cual se encuentra regulado en el Artículo 70 de la Ley Contra la Narcoactividad.

Con la entrada en vigencia de la misma, se regula la estructura, organización y funcionamiento de dicho órgano, el cual se encuentra adscrito a la vicepresidencia de la República y su función principal (es decir la competencia administrativa, para evitar el abuso de poder y la extralimitación de funciones) es estudiar y decidir las políticas nacionales para la prevención y tratamiento de las adicciones y prevenir acciones delictivas, todo se circunscribe al bien común.

Llama la atención tanto el objeto de la Ley contra la Narcoactividad como la función del órgano encargado de su aplicación; en cuanto al primer aspecto, se basa en el mandato constitucional de proteger la salud, mientras que la competencia de la Comisión contra las Adicciones y el Tráfico Ilícito de Drogas es prevenir acciones delictivas, la pregunta es ¿cómo se cumple con esta norma?, tomando en cuenta de nuevo lo analizado por el profesor Godínez, si los funcionarios públicos se encuentran inmersos en actos de corrupción, a criterio personal y en congruencia con la afirmación del citado autor, sería imposible velar por el cumplimiento de la ley.

4.2. Inconstitucionalidad de las leyes en Guatemala

La constitucionalidad de las leyes se ha establecido en el ordenamiento jurídico guatemalteco en primer lugar, para regular la conducta humana, como afirma Montesquieu: "tan luego como los hombres empiecen a vivir en sociedad, pierden el sentimiento de su flaqueza, pero entonces concluye entre ellos la igualdad..."²⁹

¿Qué quiere decir el autor citado y qué tiene que ver esto con la inconstitucionalidad?, sencillo, el hecho de vivir en sociedad, genera polos encontrados entre los particulares, que muchas veces hacen necesaria la emisión de leyes que alivianen esos ánimos, es ahí donde se emiten leyes pero que no siempre pueden tener aplicación en Guatemala.

La razón de que no puedan tener aplicación, es porque la doctrina, a lo largo de la historia, ha implementado mecanismos de lucha para mantener la vigencia del orden constitucional,

²⁹ Montesquieu. *Op. Cit.* Pág. 5.

ya que las normas que se emitan deben estar en concordancia con los mandatos de aquella, es como una especie de control que tienen determinados órganos para velar por la prevalencia de la norma constitucional.

Lo anterior no es más que un principio fundamental que se denomina supremacía constitucional, principio que tuvo su asidero en el *judicial review* estadounidense en 1803 y que invalidaba toda norma que no fuera acorde a la constitución de Estados Unidos.

Este principio por su parte, tiene su asidero en otros de suma importancia como la legitimidad constitucional (poder constituyente), ya que es el mismo pueblo el que tienen la potestad de darse su propio ordenamiento; para que esto esté completo, se debe comprometer el mismo pueblo a respetarla (imperatividad constitucional), de ser así, la vigencia de la norma constitucional se va mantener.

El objeto es entonces, que toda norma de jerarquía inferior a la Constitución Política de la República de Guatemala que contravenga, restrinja o tergiverse sus mandatos, sea expulsada del ordenamiento jurídico guatemalteco para garantizar de esta manera el principio a que se hizo referencia, es decir, respetar la norma constitucional y las garantías que en ella se establezcan.

A continuación, se analizan algunos Artículos en los cuales se recoge el principio de supremacía constitucional; en este orden de ideas, el Artículo 175 de la Constitución Política de la República de Guatemala, en su parte conducente preceptúa: "...Ninguna ley podrá contrariar las disposiciones de la Constitución. Las leyes que violen o tergiversen los mandatos constitucionales son nulas ipso jure..."

Por su parte, el Artículo 44 de la Constitución Política de la República de Guatemala, en su parte conducente preceptúa: "...Serán nulas ipso jure las leyes y disposiciones gubernamentales o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza."

Asimismo, el Artículo 204 de la Constitución Política de la República de Guatemala: "... Los tribunales de justicia en toda resolución o sentencia observarán obligadamente el principio de que la Constitución de la República prevalece sobre cualquier ley o tratado."

Los Artículos antes citados garantizan el cumplimiento de este principio fundamental, pues la constitución es la base para la convivencia en un estado de derecho, máxime que el pueblo es quien decide someterse a sus preceptos.

Entonces no se pueden emitir normas que vayan en contra de la Constitución Política de la República de Guatemala, o al menos, no debiera hacerse, la realidad es otra en Guatemala, pues la Ley contra la Narcoactividad contienen algunas incongruencias implícitas, pero hay una bien marcada que se analizará más adelante.

Para entender un poco más este panorama, se cita al profesor Luis Felipe Sáenz, quien afirma que: "la fuente por excelencia del derecho, en cuanto determina la estructura del Estado, la forma de gobierno, la competencia de los órganos constitucionales y administrativos, los derechos y deberes de los ciudadanos, la libertad jurídica y determinados problemas básicos de una comunidad, elevados a la categoría de constitucionales."³⁰

³⁰ Sáenz Juárez, Luis Felipe. **Inconstitucionalidad de leyes en casos concretos en Guatemala**. Pág. 36

Lo expuesto por el citado autor no es más que lo que se conoce como el principio de jerarquía normativa, el cual hace referencia a que en la cúspide del ordenamiento jurídico debe estar la Constitución Política de la República de Guatemala, la cual contiene el qué hacer de todos los habitantes sean gobernados y gobernantes, pues se deben respetar siempre los preceptos de la misma.

4.2.1. Inconstitucionalidades en la Ley contra la Narcoactividad

Después de analizar anteriormente la inconstitucionalidad de las leyes, es momento de adentrarse específicamente en la Ley contra la Narcoactividad y las razones de por qué se considera que debe ser declarada inconstitucional.

Para ello se cita el Artículo 46 de dicho cuerpo legal, el cual preceptúa: "...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. Dicho plazo, por razones de irretroactividad de la ley, comenzara a contarse desde la vigencia de la presente ley."

Por la forma en que se transcribe el citado artículo se puede deducir que el mismo contiene una evidente violación a derechos fundamentales, las razones se explican a continuación: en primer lugar, se vulnera el derecho a la propiedad regulado en el Artículo 39 de la Constitución Política de la República de Guatemala, pues a una persona que adquiera bienes o dinero en el plazo ahí consignado, se presume que lo obtuvo de actividades ilícitas. ¿En dónde se protege el derecho a la propiedad privada entonces?, simplemente no hay tal protección.

Por si eso fuera poco, se agregó un párrafo más al artículo en mención, el cual preceptúa:

“...De igual manera se presume que el dinero o los bienes han sido obtenidos, se deriven o provienen de la comisión de un delito...cuando se demuestre que el valor del patrocinio de una persona que haya podido beneficiarse del delito, no puede justificarse razonablemente de acuerdo a sus actividades o negocios lícitos anteriores la comisión del delito.”

Es increíble realmente cómo los legisladores emiten normas que van en contra de los lineamientos constitucionales, pues no solo se vulnera el derecho a la propiedad, sino también el principio de presunción de inocencia regulado en el Artículo 14 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

Lo regulado en la referida ley es una presunción de culpabilidad, para ser inocente hay que demostrar lo contrario, y ¿cuál es lo contrario?, que el dinero obtenido no procedió de actividades delictivas reguladas en la ley, que los bienes se adquirieron de forma adecuada; es decir que si a una persona se le procesa por el delito de posesión para el consumo, por ejemplo, en la actualidad, y obtuvo un bien de manera lícita en el año 2009, esa persona debe demostrar cómo lo obtuvo, de lo contrario se presume que fue por la comisión del delito, aquí se le vulnera también el derecho al debido proceso, por lo tanto se evidencia a todas luces la influencia de la doctrina del derecho penal del enemigo.

4.3. Clases de inconstitucionalidad

La Ley de Amparo y Exhibición Personal y de Constitucionalidad regula dos clases de inconstitucionalidad: por una parte, la inconstitucionalidad general; por otra parte, la inconstitucionalidad en caso concreto. La primera se produce cuando el contenido total o

parcial de una ley, reglamento o disposición de carácter general violenta las disposiciones constitucionales.

La segunda, es la inconstitucionalidad en caso concreto, la cual se refiere a la aplicación indebida de una norma en caso específico, siendo consecuencia de ese actuar, que se violan los derechos constitucionales de una o varias partes (es decir que para interponerla se necesita ser parte en el proceso respectivo).

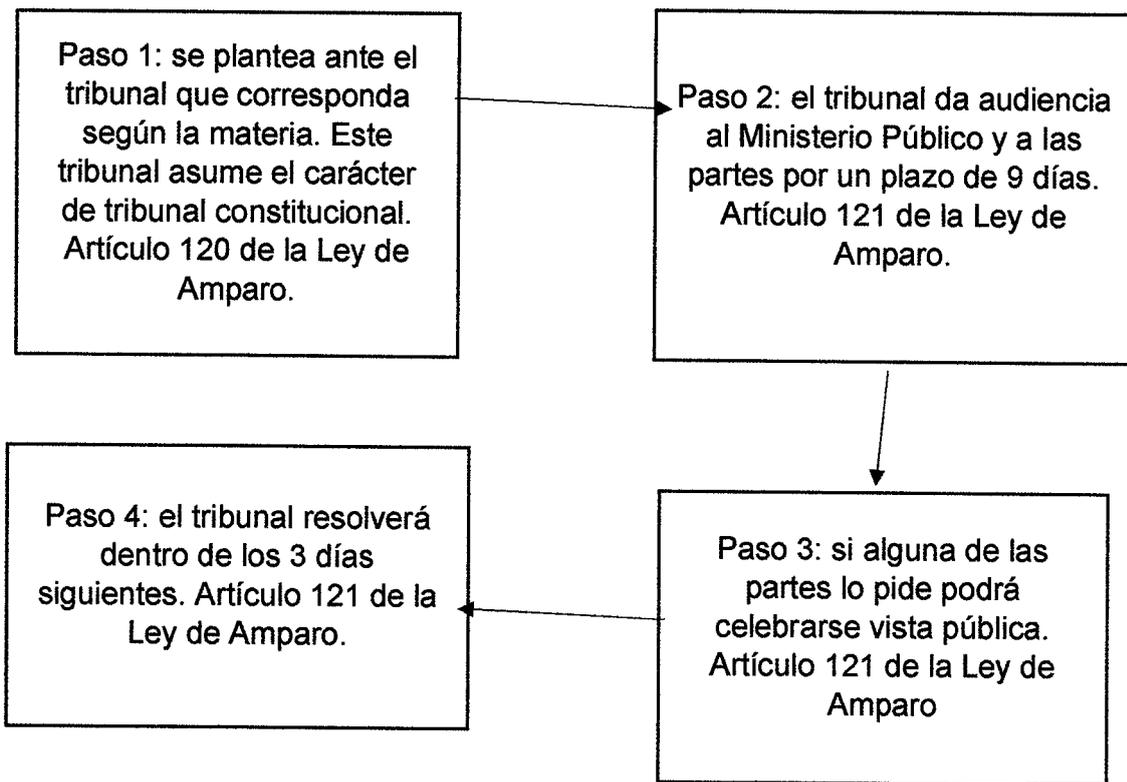
4.4. Trámite de la inconstitucionalidad en casos concretos

Esta inconstitucionalidad se plantea ante el tribunal que corresponda según la materia, al tenor de lo que establece el Artículo 120 de la Ley de Amparo y Exhibición Personal y de Constitucionalidad, pues en este caso se sigue el sistema difuso o norteamericano, también llamado inconstitucionalidad indirecta, el cual se aplica, según el maestro Luis Felipe Sáenz: "en aquellos casos donde está atribuida una función de conocer conflictos entre personas, al organismo judicial."³¹

Lo que el maestro Sáenz quiere decir es que la inconstitucionalidad en mención se debe plantear ante el tribunal que está conociendo el caso (por eso se denomina al caso concreto), por ejemplo un tribunal del ramo penal, este inmediatamente deja de conocer la materia y adquiere el carácter de tribunal constitucional.

A continuación se presenta el trámite de manera esquematizada para mejor comprensión.

³¹ *Ibíd.* Pág. 37



Contra las resoluciones que se dicten, se puede interponer el recurso de apelación, al tenor de lo que establece el Artículo 127 de la Ley de Amparo y Exhibición Personal y de Constitucionalidad, cuyo trámite es el siguiente: se interpone dentro del tercero días; luego la Corte de Constitucionalidad señala día y hora para la vista dentro del plazo de nueve días; e inmediatamente dicta sentencia dentro de los seis días, lo anterior al tenor de lo que establece el Artículo 130 del mismo cuerpo legal.

4.5. Trámite de la inconstitucionalidad de leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general

Se basa en el sistema concentrado, un sistema que tuvo su asidero en Estados Unidos de América y que algunos países de Latinoamérica lo han adoptado. También recibe el nombre

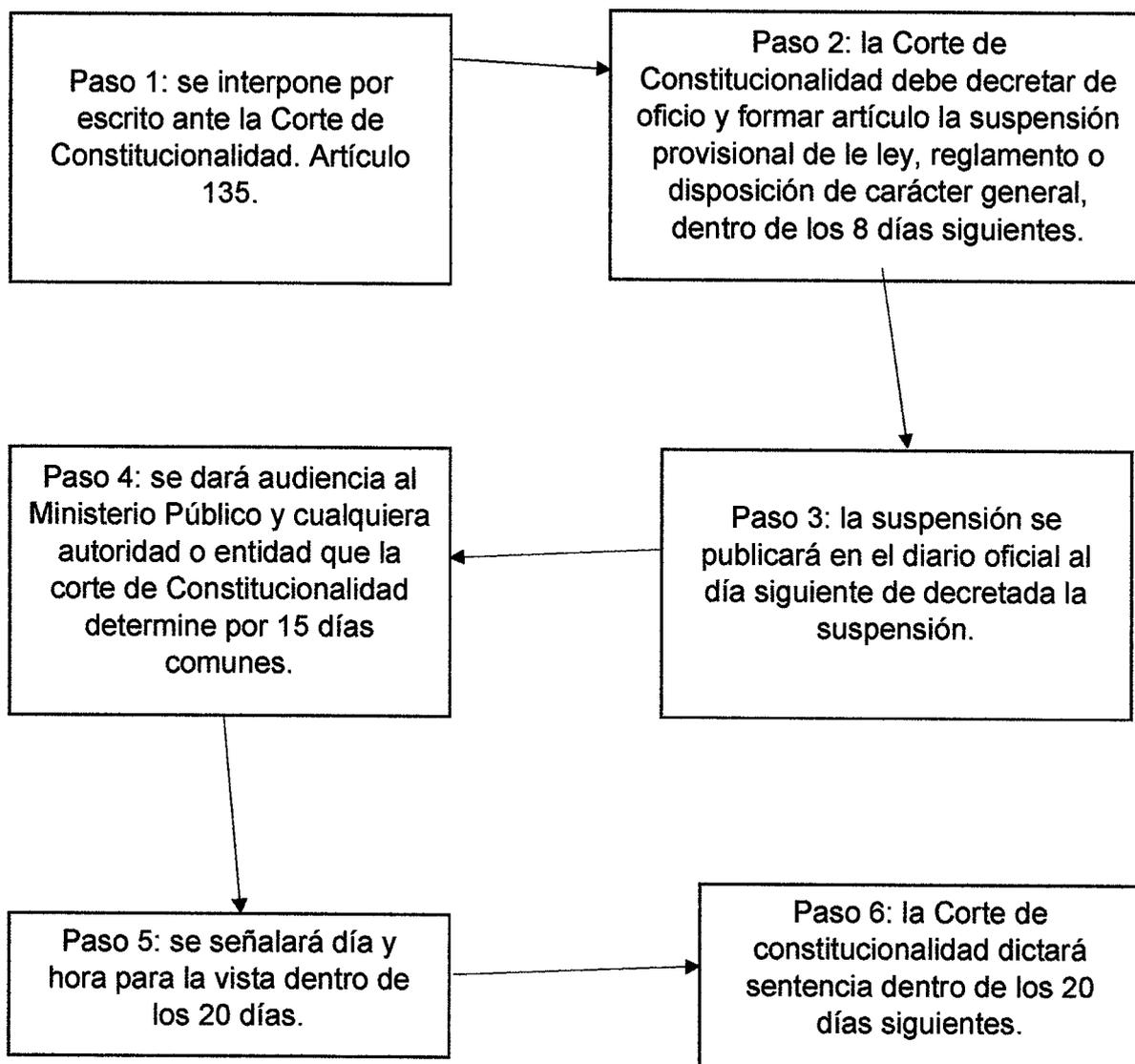
de inconstitucionalidad directa, como afirma Luis Sáenz: "se centró en un tribunal constitucional con facultad privativa para resolver sobre la adecuación de las leyes a la Constitución, esto es el enjuiciamiento del apego a la ley fundamental de las normas emitidas por el órgano encargado de la emisión de las leyes, con la atribución de declarar su nulidad."³²

Lo que el citado autor quiere decir, es que en este sistema, existe un tribunal específico para conocer la inconstitucionalidad, en Guatemala es la Corte de Constitucionalidad, he ahí la jurisdicción privativa. Por esta razón es que se denomina inconstitucional en la vía directa, ya que directamente se plantea al órgano en mención, ya no ante los propios tribunales del orden común como la inconstitucionalidad que se explicó con antelación.

Esta inconstitucionalidad tiene dos particularidades: la primera, es porque, según lo establecido en el Artículo 133 de la Ley de Amparo y Exhibición Personal y de Constitucionalidad, que se interpone cuando las leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general, contengan vicio parcial o total de inconstitucionalidad; la segunda, que la puede interponer cualquier persona aunque no sea parte en el asunto, tal solo se necesita el auxilio de tres abogados colegiados activos, según lo establecido en el Artículo 134 del mismo cuerpo legal.

Este aspecto es de suma importancia, se considera un avance para garantizar la supremacía constitucional, para que la población se involucre en hacer cumplir la norma fundamental. A continuación se presenta el trámite de forma esquemática para una mejor comprensión.

³² *Ibíd.* Pág. 41



Contra las resoluciones que se dicten en esta materia, no cabe recurso alguno, al tenor de lo que establece el Artículo 142 de la Ley de Amparo y Exhibición Personal y de Constitucionalidad; esto, a criterio personal, es congruente porque siendo la Corte de Constitucionalidad el tribunal encargado de tramitar y resolver este tipo de inconstitucionalidad, no hay otra instancia superior que pueda revocar lo ordenado por los magistrados de este tribunal constitucional, por tal razón es que solamente se pueden interponer los recursos de aclaración y ampliación, al tenor de lo que establece el Artículo 147 del mismo cuerpo legal.

4.6. Argumentos relativos a la influencia del derecho penal del enemigo en la Ley contra la Narcoactividad

Los límites del derecho penal, a los que se ha hecho referencia en capítulos anteriores, se sobrepasan. Ante esta situación cabe la pregunta ¿cómo influye entonces el derecho penal del enemigo en la Ley Contra la Narcoactividad?, para dar respuesta a esta interrogante, se analizarán los argumentos en los que se considera se desvirtúa la finalidad del derecho penal en general (llamado por algunos, derecho penal del ciudadano) como los siguientes: a) el alcance de los tipos penales y la desproporcionalidad de las penas; b) vulneración a los derechos humanos; y c) la participación criminal:

4.6.1. Alcance de los tipos penales y desproporcionalidad de las penas

Este argumento se encuentra regulado en el Artículo 35 de la Ley contra la Narcoactividad, el cual impone como consecuencia jurídica del tipo, una pena de prisión de 12 a 20 años y multa de Q.50, 000.00 a Q.1, 000, 000.00). Por su parte, en el Artículo 307 del Código Penal, se establece una pena de tres a cinco años de prisión por el ilícito de tráfico ilegal de fármacos, drogas o estupefacientes.

Ante tal situación hay que establecer qué tienen en común estas dos normas; el Código Penal es anterior a la Ley Contra la Narcoactividad, pero esta última es una ley especial y según el Artículo 13 de la Ley del Organismo Judicial, las disposiciones especiales prevalecen sobre las generales. De lo anteriormente expuesto cabe la pregunta ¿qué ley se debe aplicar?, para resolver este conflicto es menester acudir a la doctrina a lo que se denomina concurso aparente de normas penales, entre los cuales se puede mencionar el

principio de subsidiariedad, el cual lo explica el profesor De Mata Vela de la siguiente manera:

“Una ley o disposición es subsidiaria de otra, cuando ésta excluye la aplicación de aquella. Tiene aplicación preferente la ley principal; tanto la ley principal como la subsidiaria describen estadios o grados diversos de violación del mismo bien jurídico, pero el descrito por la ley subsidiaria es menos grave que el descrito por la ley principal, y por esa razón, la ley principal absorbe a la ley subsidiaria. El principio de subsidiariedad tiende a inclinarse por el delito más grave o que está castigado con la mayor pena.”³³

Lo afirmado por el profesor De Mata Vela, se evidencia con el ejemplo de los tipos penales mencionados anteriormente, pues se aplica la norma de mayor sanción, como se explicó en capítulos anteriores, una de las características del derecho penal del enemigo es la existencia de tipos penales con penas excesivamente amplias, cuestión que se hace presente en el ejemplo en mención.

4.6.2. Vulneración a los derechos humanos

Este aspecto se evidencia con el ejemplo siguiente: el Artículo 46 de la Ley Contra la Narcoactividad preceptúa: “...para los efectos de esta ley, se establece la presunción de que el dinero, producto o bienes, provenientes de transacciones derivadas de los delitos a que se refiere esta ley, cuando se hayan adquirido o negociado en un plazo de siete años anteriores al procesamiento respectivo...”

³³ De León Velasco, Héctor Aníbal y José Francisco De Mata Vela. **Derecho penal guatemalteco**. Pág.97

La norma anteriormente citada demuestra la evidente violación a la garantía de presunción de inocencia, porque si una persona tiene dinero, producto o bienes en las condiciones establecidas, es tratado como delincuente por la misma ley, o sea que es condenado sin ser citado, oído y vencido en juicio, es más, se le aplica la extinción de dominio aunque el dinero o bienes sean de lícita procedencia.

4.6.3. La participación criminal

Para entender este aspecto es menester citar el Artículo 9 de la Ley Contra la Narcoactividad, que en su parte conducente preceptúa: "...Serán considerados como autores... las personas físicas que tomen parte directa en la ejecución del hecho; prestaren auxilio o una ayuda anterior o posterior, con un acto sin el cual no se hubiera podido cometer; emitieren promesas anteriores a la perpetración o instiguen a su realización o determinación..."

De la transcripción parcial del artículo antes citado se puede deducir que el mismo abarca tanto la autoría directa, mediata y coautoría. A criterio personal, este artículo ha sido influenciado por la doctrina del derecho penal del enemigo, pues se identifica al autor antes de la comisión del delito, por lo que no hay opción a identificar elementos propios del delito. Para entender con más detalle es menester mencionar las teorías de la participación criminal que son la objetivo-formal y la subjetiva. En cuanto a la primera, Muñoz Conde, afirma que: "es autor quien realiza algún acto ejecutivo del delito; la segunda, se basa en el ánimo concreto que el interviniente tenga en el delito."³⁴

³⁴ Muñoz Conde, Francisco. **Teoría general del delito**. Pág. 155

Lo que el profesor Muñoz, hace referencia es a lo que se conoce como el dominio del hecho, es decir que autor es quien decide cómo realizar el hecho, esto es el autor directo, mientras que todos los demás son autores mediatos, coautores o cómplices; la ley no establece estos parámetros, ello da lugar a una ambigüedad, por ello se dice que la norma en mención no es congruente con el derecho penal del ciudadano.

4.7. Necesidad de reformar la Ley contra la Narcoactividad

La Ley contra la Narcoactividad, como se analizará más adelante, contiene un cúmulo de normas que no concuerdan con los mandatos establecidos en la Constitución Política de la República de Guatemala; por tal motivo, deviene la necesidad de una reforma. El autor Miguel Ángel Mancera, expone algunos argumentos relativos a la doctrina del derecho penal del enemigo que son: "a) derecho penal excepcional derogador de los principios básicos del derecho liberal clásico, así como de los principios básicos del derecho penal en un estado de derecho; b) se considera al derecho penal de autor para el cual, el hecho penal no es lo relevante, sino la peligrosidad del autor; c) es una construcción valorativamente ambigua, pues lo mismo vale para un sistema democrático como para uno totalitario."³⁵

En primer término, los legisladores justificaron la teoría de la participación regulada en el Artículo 9 de la Ley contra la Narcoactividad, un derecho de combate al enemigo (lo que el autor citado denomina derecho penal para el autor), prácticamente es la interpretación que se puede escudriñar del referido artículo, lo cual ha llevado al Estado a buscar métodos que puedan garantizar una reacción acorde al comportamiento de los delincuentes.

³⁵ Mancera Espinosa. *Op. Cit.* Pág. 593



En segundo término, los legisladores pensaron en excluir de la sociedad a aquellas personas que se consideran altamente peligrosas (lo que el citado autor denomina derogación a los principios del derecho penal clásico), es ahí donde la Ley contra la Narcoactividad, a criterio personal, regula penas muy altas por la comisión de ilícitos.

La pregunta aquí es ¿de qué forma se puede acabar con el delincuente?, este es el análisis que el autor de la presente tesis hace en relación a este aspecto: si se estipulan penas de multa excesivamente altas y es un delincuente no considerado peligroso, lógicamente no podrá pagar la multa, entonces se da la figura jurídica denominada conversión, lo que quiere decir que por no hacer efectivo el pago en el plazo estipulado, la persona tendrá que cumplir con prisión.

En tercer término, los legisladores no toman en cuenta la esencia de un estado de derecho, por la forma de emitir la normativa, más bien pareciera despotismo. Por lo tanto, es necesario reformar la Ley contra la Narcoactividad, Decreto 48-92, en virtud que la misma sea congruente con los preceptos establecidos en la Constitución Política de la República de Guatemala en cuanto a velar por el bien común y evitar que a las personas se les vulneren sus derechos plenamente reconocidos.

4.8. Propuesta de reforma a la Ley contra la Narcoactividad

Con el objeto de combatir el crimen organizado que ha venido socavando estructuras del Estado, Guatemala ha emitido normas sin tomar en cuenta los mandatos constitucionales, como afirma Eugenio Zaffaroni: "Cada tipo penal, cada nueva ley penal es una nueva arma que tiene el ejercicio arbitrario del poder punitivo. La expansión del derecho penal no termina



en la promulgación de leyes que buscan tener un mero efecto simbólico, es decir, no ser efectivamente destinadas a ser aplicadas, sino que crean tipos destinados a una efectiva y decidida aplicación y/o al endurecimiento de las penas de manera desproporcional.”³⁶

El autor citado se enfoca en el aspecto de los tipos penales, que es precisamente la reforma que se propone con el presente trabajo de investigación, para apegarse al sistema garantiza de los derechos humanos, pues en la Ley contra la Narcoactividad, Decreto 48-92, existen casos en los que se incrementan penas por las características sociales del sujeto. A continuación se propone el proyecto de reforma a la referida ley.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA

DECRETO NÚMERO 40-2017

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA,

CONSIDERANDO:

Que la Constitución Política de la República de Guatemala garantiza la vida, la integridad y el desarrollo de la persona humana; considera la salud de los habitantes como un bien público y declara de interés social las acciones contra la drogadicción;

CONSIDERANDO:

Que el Decreto 48-92 del Congreso de la República de Guatemala contiene algunas inconstitucionalidades que es necesario corregir para garantizar al procesado su derecho de defensa consagrado en la Constitución política de la República de Guatemala;

³⁶ Zaffaroni, Eugenio. **Derecho penal, parte general**. Pág. 347



POR TANTO:

En ejercicio de las atribuciones que le confieren los Artículos 134 y 171 literal a) de la Constitución Política de la República de Guatemala,

DECRETA:

Las siguientes:

REFORMA A LA LEY CONTRA LA NARCOACTIVIDAD, DECRETO 48-92 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA.

Artículo 1. Se reforma el Artículo 35, el cual queda así:

Artículo 35. "Tránsito internacional. Quien sin estar autorizado, participe en cualquier forma en el tránsito internacional de drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, así como de precursores y sustancias esenciales destinadas a la fabricación o disolución de las referidas drogas, será sancionado con prisión de tres a cinco años y multa de diez mil a cien mil quetzales."

Artículo 2. Se reforma el Artículo 46, el cual queda así:

Artículo 46. "Bienes. Toda persona que obtenga bienes, producto o dinero debe justificar su procedencia mediante los títulos justificativos de la propiedad. Bajo ningún punto de vista se presumirá la ilicitud de tales bienes, dinero o productos. Si se demuestra que se obtuvieron de manera ilícita se procederá a la extinción de dominio siguiendo el procedimiento regulado en el Decreto 55-2010 del Congreso de la República."



Artículo 2. El presente Decreto fue declarado de urgencia nacional con el voto favorable de más de las dos terceras partes del número total de diputados que integran el Congreso de la República, aprobado en un solo debate y entrará en vigencia el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial.

REMÍTASE AL ORGANISMO EJECUTIVO PARA SU SANCIÓN, PROMULGACIÓN Y PUBLICACIÓN.

EMITIDO EN EL PALACIO DEL ORGANISMO LEGISLATIVO, EN LA CIUDAD DE GUATEMALA, EL DIEZ DE AGOSTO DE DOS MIL DIECISISTE.

**ÓSCAR STUARDO CHINCHILLA GUZMÁN
PRESIDENTE**

**MARCO AURELIO PINEDA CASTELLANOS
SECRETARIO**

**ARACELY CHAVARRÍA CABRERA DE RECINOS
SECRETARIA**

PALACIO NACIONAL: Guatemala, catorce de septiembre del año dos mil diecisiete.

PUBLÍQUESE Y CUMPLASE

JIMMY MORALES

Francisco Manuel Rivas Lara

Ministro de Gobernación

Carlos Adolfo Martínez Gularte

Secretario General

de la Presidencia de la República



CONCLUSIÓN DISCURSIVA

El origen del problema en cuestión surge porque la Ley contra la Narcoactividad contiene normas jurídicas influenciadas por la doctrina del derecho penal del enemigo, al extremo que las mismas contrarían los preceptos contenidos en la Constitución Política de la República, que a la vez son derechos humanos que el Estado de Guatemala está obligado a garantizar. Aunado a ello, los órganos jurisdiccionales se adelantan a la punibilidad, viendo al derecho penal como un derecho de autor que ya describe las conductas prohibidas, sino tintes de la personalidad, es decir, se toma como un derecho penal simbólico.

Por lo anteriormente expuesto, se debe reformar la Ley contra la Narcoactividad para declarar inconstitucionales aquellos artículos en los que se evidencia la influencia de la doctrina del derecho penal del enemigo y con ello garantizar verdaderamente el respeto a los derechos humanos y velar por el bien común.





BIBLIOGRAFÍA

- ARBUOLA VALVERDE, Allan. **Derecho penal del enemigo**. 2ª ed.; San José, Costa Rica: Ed. Harla, 2009.
- BECCARIA, Cesare. **De los delitos y de las penas**.
- BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. **Concepto de política criminal**. 1ª ed.; Valencia, España: (s.e), 2003.
- CANCIO MELIÁ, Günther Jakobs Manuel. **Derecho penal del enemigo**. 1ª ed.; Madrid, España: Ed. Tomsom Civitas, 2003.
- DIAZ, Elías. **Estado de derecho y sociedad democrática**. 3ª ed. España: Ed. Sigüeme, 1998.
- DE LEÓN VELASCO, Héctor Aníbal y José Francisco De Mata Vela. **Derecho penal guatemalteco**. 18ª ed.; Guatemala: Ed. F&G Editores, 2008.
- DELGADO PINTO, José. **Vigencia y validez de las normas jurídicas**. Madrid, España: (s.e), 2004.
- GODÍNEZ BOLAÑOS, Rafael. **Proceso histórico de la administración estatal, colección juritex**. 1ª ed.; Guatemala: Ed. Universitaria, 2007.
- GRACIA MARTÍN, Luis. **Elocución, congreso latinoamericano VIII iberoamericano nacional de derecho penal y criminología**. 1ª ed.; Lima, Perú: Ed. UNMSM, 2004.
- HOBBS, Thomas. **Leviatan**. 1ª ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Losda, 2003.
- JUAREZ BARATO, Lidia Teresa. **Derecho penal del enemigo**. 1ª ed.; Guatemala: (s.e), 2007.
- KAISER, Gunther. **Criminología una introducción a sus fundamentos científicos**. Criminología, (s.l.i): (s.e.) 1988.
- LEGANÉZ GÓMEZ, Santiago. **Criminología**. Valencia, España: Ed. Tirant lo Blanch, 1999.
- MANCERA ESPINOSA, Miguel Ángel. **Derecho penal del enemigo**. 1ª ed.; México: Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001.
- MARÍN FRAGA, Facundo. **Derecho penal del enemigo**. 4ª ed.; Madrid, España: Ed. Tirant lo Blanch, 2004.
- MONTESQUIEU, Charles Louis. **El espíritu de las leyes**. 3ª ed.; El Salvador: Ed. Jurídica salvadoreña, 2011.



MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoría general del delito**. 2ª ed.; Bogotá, Colombia: Ed. Temis, S.A., 2004.

PAR USE, José Mynor. **El debate oral**. 1ª ed.; Guatemala, E. Serviprensa, 2015.

RAMÍREZ, Luis. **Manual de derecho procesal penal**. 1ª ed.; Guatemala: (s.e), 2003.

RÍOS ÁLVAREZ, Rodrigo. **Derecho penal del enemigo, a la luz de algunos de sus defensores y detractores**. 1ª ed.; Santiago de Chile: Ed. Universitaria, 2007.

ROUSSEAU, Juan Jacobo. **El Contrato Social o principios del derecho político**. 2ª ed. Londres: 1799.

SÁENZ JUÁREZ, Luis Felipe. **Inconstitucionalidad de leyes en casos concretos en Guatemala**. 1ª ed.; Guatemala: (s.e), 2004.

VILLALTA RAMÍREZ, Ludwin Guillermo. **Principios, derechos y garantías estructurales en el proceso penal**. 1ª ed.; Guatemala: Ed. Estudiantil Fenix.

VILLEGAS LARA, René Arturo. **Temas de introducción al estudio del derecho y de la teoría general del derecho**. 6ª ed.; Guatemala: Ed. Ediciones y servicios gráficos El Rosario, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio. **Derecho penal, parte general**. 2ª ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Ediar, 2007.

Legislación:

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

Ley de Amparo y Exhibición Personal y de Constitucionalidad. Asamblea Nacional Constituyente, Decreto 1-86, 1986.

Convención Americana de Derechos Humanos. Ratificada por el Congreso de la República de Guatemala, Decreto 6-78, 1978.

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

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

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

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