

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO  
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL**

**ANÁLISIS DE LA TEORÍA DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y  
VESTIGIOS DE DICHA DOCTRINA EN GUATEMALA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por la Licenciada

**GLORIA ALEJANDRA BAUTISTA AYALA**

Previo a conferírsele el Grado Académico de:

**MAESTRA EN DERECHO PENAL**

Guatemala, octubre del 2021



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

### **TRIBUNAL EXAMINADOR**

Dra. Silvia Patricia López Cárcamo  
Presidenta

MSc. Hugo José Escobar Curruchiche  
Vocal

MSc. Sandra Marina Ciudad Real  
Secretaria

### **CONSEJO ACADÉMICO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO**

DECANO: MSc. Henry Manuel Arriaga Contreras

DIRECTOR: Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez

VOCAL: Dr. Carlos Estuardo Gálvez Barrios

VOCAL: Dr. Nery Roberto Muñoz

VOCAL: Dr. William Enrique López Morataya

### **MIEMBROS DE JUNTA DIRECTIVA FACULTAD DE CC.JJ. Y SS. USAC**

DECANO: MSc. Henry Manuel Arriaga Contreras

VOCAL I: Licda. Astrid Jeannette Lemus Rodríguez

VOCAL III: Helmer Rolando Reyes García

VOCAL IV: Br. Denis Ernesto Velásquez González

VOCAL V: Br. Abidán Carías Palencia

SECRETARIA: Licda. Evelyn Johanna Chevez Juárez

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Escuela de Estudio de Postgrado, Edificio S-5 Segundo Nivel. Teléfono: 2418-8409

Guatemala, 12 de julio de 2021.

**Señor Director:**

**Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez**  
**Escuela de Estudios de Postgrado**  
**Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales**  
**Universidad de San Carlos de Guatemala**  
**Ciudad Universitaria, zona 12**  
**Su Despacho.**

**Distinguido Señor Director:**

En forma atenta y respetuosa me dirijo a usted, informándole en mi calidad de **TUTORA DE TESIS**, que la maestranda **GLORIA ALEJANDRA BAUTISTA AYALA** ha concluido satisfactoriamente su trabajo de tesis titulado: **“ANÁLISIS DE LA TEORÍA DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y VESTIGIOS DE DICHA DOCTRINA EN GUATEMALA”**, investigación que está lista para ser defendida por la maestranda en su Examen Privado de Tesis.

Al mismo tiempo, quiero expresarle que la maestranda **Gloria Alejandra Bautista Ayala** desarrolló científicamente los cinco capítulos contenidos en su tesis, en los que llevó a cabo un análisis jurídico de la teoría del derecho penal del enemigo de Günther Jakobs y determinó los vestigios de esta doctrina en la normativa penal guatemalteca, así como su incidencia en las resoluciones judiciales (sentencias); también realizó investigación de campo (análisis de sentencias penales, de la Corte de Constitucionalidad y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos), por medio de la cual estableció la forma en que repercute el tema de la peligrosidad, la reincidencia y la habitualidad en la imposición de

las penas; los criterios que se han sostenido en la Corte de Constitucionalidad y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y los rasgos característicos del derecho penal del enemigo (el adelantamiento punitivo, la desproporcionalidad de las penas; y la relatividad y/o supresión de determinadas garantías procesales), que se aprecian en el Código Penal, en la legislación penal especial y en el Código Procesal Penal guatemaltecos, con lo cual quedó comprobada la hipótesis.

En virtud de lo anterior; y habiendo cumplido los requisitos metodológicos que establece el Reglamento de Tesis de Estudios de Postgrado, extiendo mi **DICTAMEN FAVORABLE** a la investigación presentada por la maestranda **Gloria Alejandra Bautista Ayala**, a efecto se autorice su examen privado de tesis y se continúe con el trámite correspondiente.

Sin otro particular,

Deferentemente:



*Dra. Blanca María Chocochic Ramos*  
**Tutora de Tesis**



Gladys Tobar Aguilar  
Doctora en Educación y Licenciatura en Letras  
Correo electrónico: [ortografiataller@gmail.com](mailto:ortografiataller@gmail.com)  
Celular: (502) 50051959

Guatemala, 07 de octubre de 2021

Doctor Luis Ernesto Cáceres Rodríguez  
Director de la Escuela de Estudios de Postgrado  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala

Señor director:

Por la presente, hago constar que he realizado la revisión de los aspectos de redacción, ortografía, sistema de referencias y estilo, de la tesis denominada:

**ANÁLISIS DE LA TEORÍA DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y  
VESTIGIOS DE DICHA DOCTRINA EN GUATEMALA**

Esta tesis fue presentada por la Licda. Gloria Alejandra Bautista Ayala, estudiante de la Maestría en Derecho Penal, de la Escuela de Postgrado, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

En tal sentido, considero que, después de realizadas las correcciones indicadas, el texto puede imprimirse.

Atentamente,

  
Dra. Gladys Tobar Aguilar  
Revisora  
Colegio Profesional de Humanidades  
Colegiada 1450

**Dra. Gladys Tobar Aguilar**  
Doctorado en Educación y Licenciatura  
en Letras.  
Colegio Profesional de Humanidades  
Colegiada. 1450



**D.E.E.P. ORDEN DE IMPRESIÓN**

**LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA,** Guatemala, 14 de octubre del dos mil veintiuno.-----

En vista de que la Licenciada Gloria Alejandra Bautista Ayala aprobó examen privado de tesis en la **Maestría en Derecho Penal** lo cual consta en el acta número 37-2021 suscrita por el Tribunal Examinador y habiéndose cumplido con la revisión gramatical, se autoriza la impresión de la tesis titulada **“ANÁLISIS DE LA TEORÍA DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y VESTIGIOS DE DICHA DOCTRINA EN GUATEMALA”**. Previo a realizar el acto de investidura de conformidad con lo establecido en el Artículo 21 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado.-----

**“ID Y ENSEÑAD A TODOS”**



**Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez**  
**DIRECTOR DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO**

## **DEDICATORIA Y AGRADECIMIENTOS**

**A DIOS:** Por ser una luz resplandeciente, que siempre ilumina mi camino, brindarme la sabiduría necesaria para realizar la presente investigación y quien ha derramado muchas bendiciones sobre mí durante el transcurso de mi carrera profesional. También, por darme la fortaleza necesaria para afrontar cada uno de los obstáculos que se me han presentado y por estar conmigo en cada una de mis metas, teniendo la certeza que siempre me guiará y acompañará en cada momento.

**A MIS PADRES:** El mayor tesoro que Dios pudo darme, y que sin ellos no habría podido llegar hasta donde estoy ahora. Me han enseñado que nunca debo darme por vencida, que debo luchar por lo que quiero, porque con perseverancia todo es posible. Por recordarme que cada tropiezo es un motivo para seguir adelante y ser más fuerte, que siempre hay un motivo para sonreír. A pesar de no lograr siempre mis objetivos, siguen teniendo fe en mí y nunca dejan de incentivar-me a ser la mejor. Mis padres son el reflejo de la valentía, dedicación, generosidad, responsabilidad y fortaleza, y es por ello que son mi ejemplo y motivación. Gracias por estar presentes en cada uno de mis logros, y espero retribuirles todo lo que me han brindado.

**A MIS HERMANOS:** Unas grandes personas y una bendición en mi vida, que aprecio mucho y que me han apoyado incondicionalmente. Cada uno me ha dado lecciones, que me motivan a dar siempre lo mejor de mí, para cumplir mis metas. Jorge Bautista, eres una persona extraordinaria, que siempre me da ánimos en los momentos difíciles y me saca siempre una sonrisa, gracias por estar conmigo en cada etapa de mi vida. George Bautista, eres la luz de mis ojos, gracias por tu amor incondicional, tu eres el motivo por el cual siempre doy lo mejor de mí y me esfuerzo al máximo, siempre tienes las palabras correctas en los momentos oportunos. Gracias a mis queridos hermanos, por permitirme ser su ejemplo y seguir teniendo un lazo muy especial que nos une.

**A MIS AMIGOS:** Dios me ha dado la oportunidad de conocer gente tan valiosa que han llegado a ser mis mejores amigos con quienes he compartido momentos

inolvidables durante la maestría. Quiero agradecer especialmente a: Silvia Choco chic, por compartir mis logros, estar en cada etapa del desarrollo de mi investigación, darme ánimos, tu apoyo incondicional, tu confianza y comprensión en todo momento. Gracias por recordarme que todo tiene una razón de ser. Pahola Peña, gracias por estar presente en el proceso de la realización de mi tesis, compartir cada uno de mis logros y por enseñarme, que no hay que permitir un cambio para mal sino para mejorar. Asimismo, por recordarme que nunca debo perder la fe y confianza en mí.

**A MI ASESORA DE TESIS, BLANCA MARÍA CHOCHOCHIC RAMOS:** Una gran profesional, ejemplo de disciplina y perseverancia, quién me enseñó a que uno debe ir más allá de sus capacidades y nunca conformarse. Gracias por compartir sus conocimientos y el apoyo brindado en la realización de la presente investigación, pues ello permitió la elaboración de un aporte bibliográfico que contribuyera con la academia.



## ÍNDICE

ÍNDICE .....	
INTRODUCCIÓN .....	i
CAPÍTULO I .....	1
MARCO JURÍDICO Y SOCIAL DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO .....	1
1.1 El derecho penal de autor .....	1
1.1.1 Origen .....	1
1.1.2 Concepción del derecho penal de autor .....	7
1.2 Derecho penal del acto .....	10
1.3 La maximización del derecho penal en contraposición al derecho penal mínimo .....	16
CAPÍTULO II .....	23
EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO .....	23
2.1 Günther Jakobs .....	23
2.2 Concepción del derecho penal del enemigo .....	30
2.3 Características del derecho penal de enemigo .....	34
2.4 Finalidad .....	45
2.5 Argumentos a favor y en contra del derecho penal del enemigo .....	46
2.5.1 Argumentos a favor .....	46
2.5.2 Argumentos en contra .....	50
CAPÍTULO III .....	57
CONTEXTUALIZACIÓN DEL DERECHO PENAL GUATEMALTECO .....	57
3.1 La Constitución Política de la República de Guatemala de 1985 .....	57
3.1.1 Principios constitucionales que fundamentan el derecho penal guatemalteco .....	59
3.2 Los códigos penales de Guatemala .....	64



3.2.1	El Código Penal de 1834.....	65
3.2.2	El Código Penal de 1877.....	66
3.2.3	El Código Penal de 1889.....	66
3.2.4	El Código Penal de 1936.....	67
3.2.5	El Código Penal de 1973.....	68
3.3	La peligrosidad regulada en el Código Penal actual.....	70
3.4	El derecho penal y su utilidad social.....	73
3.5	Vestigios del derecho penal del enemigo en la legislación penal guatemalteca.....	79
3.5.1	Conspiración.....	79
3.5.2	Peligrosidad.....	79
3.5.3	Reincidencia y habitualidad.....	81
3.5.4	Las medidas de seguridad.....	83
3.6	Leyes especiales en materia penal.....	89
<b>CAPÍTULO IV.....</b>		<b>93</b>
<b>ANÁLISIS JURÍDICO DE LOS VESTIGIOS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN EL ORDENAMIENTO PENAL GUATEMALTECO.....</b>		<b>93</b>
4.1	Amplitud en el adelantamiento de la punibilidad.....	93
4.2	Desproporcionalidad de las penas previstas.....	100
4.3	Relatividad y/o supresión de determinadas garantías procesales.....	105
<b>CAPÍTULO V.....</b>		<b>109</b>
<b>INCIDENCIA DE LOS VESTIGIOS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN LAS SENTENCIAS EMITIDAS POR LOS TRIBUNALES DE SENTENCIAS PENAL, NARCOACTIVIDAD Y DELITOS CONTRA EL AMBIENTE DEL DEPARTAMENTO DE GUATEMALA.....</b>		<b>109</b>



<b>5.1 Análisis de sentencias condenatorias de Tribunales de Sentencia Penal</b>	110
5.1.1 Primera sentencia	110
5.1.2 Segunda sentencia	113
5.1.3 Tercera sentencia	116
5.1.4 Cuarta sentencia	117
5.1.5 Quinta sentencia	119
5.1.6 Sexta sentencia	122
5.1.7 Séptima sentencia	133
5.1.8 Octava sentencia	135
5.1.9 Novena sentencia	137
5.1.10 Décima sentencia	139
5.1.11 Undécima sentencia	141
5.1.12 Duodécima sentencia	144
5.1.13 Décimo tercera sentencia	146
5.1.14 Décima cuarta sentencia	149
5.1.15 Décimo quinta sentencia	151
<b>5.2 Análisis de sentencias de la Corte de Constitucionalidad</b>	153
5.2.1 Peligrosidad	153
5.2.2 Reincidencia y habitualidad	157
<b>5.3 Análisis de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos</b>	160
5.3.1 Peligrosidad	160
<b>5.4 Encuestas sobre la aplicación de la doctrina del derecho penal del enemigo en Guatemala</b>	164
<b>5.5 Reflexiones Finales</b>	166



**CONCLUSIONES** ..... 177

**REFERENCIAS**..... 179





## INTRODUCCIÓN

Derivado de los niveles de criminalidad<sup>1</sup>, proliferación de actividades terroristas, narcotráfico, homicidios, delincuencia organizada, extorsiones, entre otros, que han generado un sensible crecimiento durante los últimos años, han surgido distintas teorías que proponen solucionar dicha problemática por medio de la restricción de garantías mínimas de los imputados e imposición de penas drásticas. Dentro de estas, surgió el derecho penal del enemigo que ha pretendido dar un giro a lo establecido por el garantismo penal. A pesar de que dentro del ordenamiento jurídico penal guatemalteco prevalece un derecho penal de acto, es innegable que en el mismo se presentan rasgos de la teoría del derecho penal del enemigo, lo cual se visualiza en el contenido de distintas disposiciones del Código Penal y leyes penales especiales.<sup>2</sup>

No obstante, no contiene una regulación distintiva en cuanto ciudadanos y enemigos, así como no niega el carácter de persona, a quien delinque. Esto se debe a que constitucional e internacionalmente debe garantizarse que el ser humano conserve su integridad física, psíquica y moral, pues no puede ser sometido a ninguna condición que menoscabe su dignidad.

Partiendo de lo anterior, el tema objeto de la presente investigación se planteó de la siguiente manera: ¿Qué vestigios de la teoría del derecho penal del enemigo se encuentran contenidos en el ordenamiento penal guatemalteco y cómo estos han influido en las sentencias condenatorias emitidas por los Tribunales de Sentencia

---

<sup>1</sup> Ver estadísticas en el apartado de anexos de la presente investigación

<sup>2</sup> Según lo establecido en el artículo 9 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República, las leyes especiales son aquellas otras leyes que regulan disposiciones de naturaleza penal. Para efectos de la presente investigación, las que se utilizarán serán las siguientes: a. Ley contra la Narcoactividad, Decreto No. 48-92 del Congreso de la República; b. Ley contra la Delincuencia Organizada, Decreto No. 21-2006 del Congreso de la República; c. Ley para Prevenir y Reprimir el Financiamiento del Terrorismo, Decreto No. 58-2005 del Congreso de la República; d. Ley de Extinción de Dominio, Decreto No. 55-2010 del Congreso de la República; e. Ley de Armas y Municiones, Decreto No. 15-2009 del Congreso de la República; f. Ley contra el Lavado de Dinero u otros Activos, Decreto No. 67-2001 del Congreso de la República;



Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del departamento de Guatemala, en el periodo comprendido de 2010 a 2021; y qué criterios sostienen al respecto la Corte de Constitucionalidad y la Corte Interamericana de Derechos Humanos?

Para darle respuesta a la pregunta de investigación, se formuló la siguiente hipótesis: en el Código Penal y las leyes penales especiales guatemaltecas existen normas que representan resabios del derecho penal del enemigo, como la peligrosidad, la reincidencia y la habitualidad, mismos que contribuyen a que al dictarse una sentencia de condena en los Tribunales de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del departamento de Guatemala, se produzca el adelantamiento punitivo, la restricción de garantías procesales y la desproporcionalidad de las penas que son rasgos característicos de la teoría del derecho penal del enemigo.

Para confirmar la hipótesis aludida se llevó a cabo el análisis de las siguientes leyes penales especiales: **a.** Ley contra la Narcoactividad, Decreto No. 48-92 del Congreso de la República; **b.** Ley contra la Delincuencia Organizada, Decreto No. 21-2006 del Congreso de la República; **c.** Ley para Prevenir y Reprimir el Financiamiento del Terrorismo, Decreto No. 58-2005 del Congreso de la República; **d.** Ley de Extinción de Dominio, Decreto No. 55-2010 del Congreso de la República; **e.** Ley de Armas y Municiones, Decreto No. 15-2009 del Congreso de la República; **f.** Ley contra el Lavado de Dinero u otros Activos, Decreto No. 67-2001 del Congreso de la República; asimismo, fueron analizadas diferentes sentencias condenatorias emitidas por los Tribunales de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del departamento de Guatemala durante los años 2010 al 2021; así como algunas sentencias de la Corte de Constitucionalidad y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que se refieren a este tema.

Es por ello que la presente investigación estableció como objetivo general determinar los vestigios de la teoría del derecho penal del enemigo contenidos en el ordenamiento penal guatemalteco, así como la incidencia de estos al emitirse una



sentencia condenatoria en el departamento de Guatemala; dicho objetivo se alcanzó mediante cinco objetivos específicos: a) Exponer el marco jurídico y social del derecho penal del enemigo; b) Explicar los elementos que conforman la doctrina del derecho penal del enemigo; c) Realizar una contextualización del derecho penal guatemalteco; d) Determinar los vestigios de la teoría del derecho penal del enemigo en el ordenamiento penal guatemalteco; e) Analizar los criterios de peligrosidad, reincidencia y habitualidad considerados en las sentencias condenatorias emitidas por los Tribunales de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del departamento de Guatemala, y los criterios que al respecto sostienen la Corte de Constitucionalidad y la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La investigación que a continuación se presenta consta de cinco capítulos, en los que se exponen diferentes posturas y doctrinas que han surgido a lo largo de la historia para la conceptualización de los elementos que conforman la teoría del derecho penal del enemigo.

El capítulo primero titulado “Marco jurídico y social del derecho penal del enemigo”, explica los rasgos de la doctrina objeto de estudio, expone las concepciones referentes al derecho penal de autor y sus orígenes; el derecho penal de acto; el derecho penal máximo en contraposición a la minimización del derecho penal, todo ello con el objeto de realizar un análisis profundo de las teorías en las que se fundamentó Jakobs en el momento de formular esta teoría.

El segundo capítulo tiene por título “El derecho penal del enemigo”, en él se desarrolla lo relativo a la doctrina propugnada por Jakobs, empezando por una breve biografía del autor a manera de contextualizar al lector sobre la ideología y aportes de este autor al derecho penal, así como el origen, concepciones, críticas, finalidad de la teoría, a manera de ir desentrañando cada uno de los elementos que conforman esta corriente y las posturas argumentadas por algunos juristas, que serán la base fundamental para determinar en el último capítulo, la existencia de resabios de dicha teoría en el ordenamiento penal guatemalteco.



El capítulo tercero denominado “Contextualización del derecho penal guatemalteco” pone en contexto la situación actual del ordenamiento penal, lo que permitirá identificar los elementos de la doctrina objeto de estudio, mismos que se plasman en el penúltimo capítulo, en el que se hace un análisis de la Constitución de 1985 y los principios que contiene; el Código Penal vigente y su historia; la importancia de las penas y su utilidad social; análisis de las figuras jurídicas de conspiración, peligrosidad, reincidencia y habitualidad; así como un bosquejo de las leyes especiales penales que arrojan rasgos de un derecho penal del enemigo.

En el capítulo cuarto titulado “Análisis jurídico de los vestigios del derecho penal del enemigo en el ordenamiento penal guatemalteco”, se identifica y analiza la existencia de estos resabios partiendo de las principales características de esta doctrina, lo que junto a la investigación de campo contribuye a dar respuesta al problema planteado en la investigación.

Finalmente, en el capítulo quinto denominado “Incidencia de los vestigios del derecho penal del enemigo en las sentencias emitidas por los Tribunales de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del departamento de Guatemala” se realizó un análisis de quince sentencias condenatorias emitidas por Tribunales de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del departamento de Guatemala, en el período comprendido de los años 2010 al 2021, con el objeto de determinar la incidencia de los vestigios del derecho penal del enemigo en las mismas. Para el efecto, se hizo uso de un cuadro con diferentes *ítems* donde se extrajo de forma puntual rasgos de la doctrina objeto de estudio, lo cual se complementa con el capítulo anteriormente desarrollado. Asimismo, se analiza algunas sentencias de la Corte de Constitucionalidad, a efecto de establecer los criterios sostenidos respecto a la peligrosidad, la reincidencia y la habitualidad de los condenados; de igual manera se realizó un estudio de algunas sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relacionadas con Guatemala, para determinar lo que han establecido respecto al tema de la peligrosidad y por qué la misma no debe considerarse al emitirse un fallo condenatorio.



En este sentido, la presente investigación tiene por objeto convertirse en un aporte bibliográfico y contribuir con la academia, explicando los aspectos relevantes de la teoría del derecho penal del enemigo y los rasgos de esta doctrina contenidos en el ordenamiento penal guatemalteco, con lo que se espera que la misma sea utilizada como un material de consulta de fácil acceso para los estudiantes de derecho, los especialistas en derecho penal y los demás interesados en el tema.



## **CAPÍTULO I**

### **MARCO JURÍDICO Y SOCIAL DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO**

Previo a adentrarse en los elementos esenciales que conforman el derecho penal del enemigo, es imprescindible tener en cuenta los rasgos y características que se encuentran en la misma y determinar sus alcances. De tal manera que, es necesario conocer la doctrina del derecho penal de autor, la cual propugna la readaptación criminal y las causas que dan origen a la comisión de hechos delictivos, el derecho penal máximo, que se caracteriza por su excesiva severidad e imprevisibilidad, para luego confrontar estas teorías con el derecho penal de acto y el derecho penal mínimo; y así, determinar las diferencias que existen entre ellos, y que al mismo tiempo permiten establecer los fundamentos de los que partió Jakobs para formular su teoría.

#### **1.1 El derecho penal de autor**

##### **1.1.1 Origen**

Rodríguez Ramos (2019) manifiesta que:

El denominado derecho penal de autor se remonta al siglo XIX, a la llamada Escuela positiva italiana de la que fueron los principales representantes Lombroso, Garófalo y Ferri, y que propiciaron un Derecho penal preventivo, dirigido a evitar que personas con un “perfil de delincuente” por incurrir en alguno de los supuestos de la llamada “peligrosidad social o criminal”, llegaran a delinquir, utilizando como instrumento de tal prevención las llamadas “medidas de seguridad predelictuales”. (pág. 220 y 221)

Los principales exponentes de la escuela positiva concebían al delito como un fenómeno antropológico, propugnaban la readaptación del criminal y la investigación de las causas que dieron lugar a la comisión del hecho delictivo. La



sanción que se aplicaba se adaptaba a la peligrosidad del individuo. Asimismo, acontecía la aplicación de las medidas de seguridad como forma de neutralizar el peligro del sujeto, por tener una elevada posibilidad de cometer un ilícito.

César Lombroso, como uno de los principales representantes de la escuela positiva, mayormente conocido por su obra *El hombre delincuente* "distinguía seis grupos de delincuentes: el «nato» (atávico), el loco moral (morbo), el epiléptico, el loco, el ocasional y el pasional" (de Molina, 1996, p.108). Al realizar dicha clasificación, establecía que las causas de la criminalidad estaban relacionadas con causas biológicas y físicas, lo cual denota que no se priorizaba al delito sino al estudio del individuo que se dedicaba al delinquir.

El tipo de criminal nato, tendría ciertas características que lo harían distinto del hombre normal: a) físicamente, se caracteriza por tener enormes mandíbulas, pómulos prominentes, arcadas superciliares salientes, pliegues palmares; mayor amplitud de la cuenca de los ojos, las orejas salientes como la de los salvajes y de los simios; b) fisiológicamente, acusa una hiposensibilidad dolorífica, gran agudeza visual, mirada fija y fría; c) psicológicamente, se notaría en el delincuente nato gran insensibilidad: careciendo de sentimientos de piedad, de benevolencia, respeto por la vida y la propiedad de los demás. (Betancur, 2008, p. 47)

Derivado de lo anterior, el criminal nato era considerado, desde tres puntos de vista a la luz de Lombroso, pues era el instrumento con el que se contaba para determinar el perfil de un delincuente. Sin embargo, esto ha sido criticado, puesto que es inadmisibles que se etiquete a un individuo como "delincuente" por rasgos físicos, biológicos o incluso, llegar a determinar que la motivación por delinquir se desprenda de causas hereditarias.

Betancur (2008), indica que:

Lombroso propuso la tesis determinista, la cual iría a repercutir en la concepción de la responsabilidad criminal y en la sanción: no siendo libre el



hombre de obrar, como lo pregonaba la Escuela Clásica, la pena no podría tener como finalidad la retribución sino, la defensa de la sociedad, abogando por un cambio en la concepción de la sanción, la cual sería un tratamiento. (pág. 47)

La tesis determinista de Lombroso pretendía prevenir la comisión de hechos delictivos, pues a su consideración, resultaba más factible establecer una sanción que se adaptara a la personalidad del individuo por razón del delito incurrido, en vez de determinarla con base al daño ocasionado. Incluso, propiciaba que, en casos inevitables, se aplicara un tratamiento con la finalidad de remover la peligrosidad que pudiera representar el individuo por sus características personales.

El médico, especialista en psiquiatría, Lombroso "mitigaría sus iniciales planteamientos tipológicos con su obra de madurez, *El crimen, causas y remedios*". (de Molina, 1996, p.108)

En principio, su teoría se dedicó a establecer las características con las cuales debía contar un individuo para ser categorizado como delincuente. Sin embargo, posteriormente, complementó su teoría con aportaciones para indicar las causas de los hechos delictivos y la manera de combatirlos.

Otro exponente de la escuela positiva fue Garófalo, quien distinguió cuatro tipos de delincuentes: "a) el asesino; b) el criminal violento; c) el ladrón; y d) el lascivo, siendo el primero de ellos fácil de identificar, incluso por las características del propio hecho". (de Molina, 1996, p.116)

Tal como lo hizo Lombroso, dicho jurista realizó su propia clasificación basándose en manifestaciones sociales, no en factores físicos y biológicos. La principal aportación de Garófalo, fue su filosofía del castigo, de los fines de la pena y su fundamentación, así como de las medidas de prevención y represión de la criminalidad. Este autor, partió de un determinismo moderado que contrasta con la dureza y el rigor penal para la eficaz defensa del orden penal. Promovió que el Estado eliminara al delincuente que no se adaptara a la sociedad y a las exigencias





de la convivencia. La pena debía procurarse en función de las características concretas de cada delincuente, sin que fueran válidos otros criterios convencionales como el de la retribución o expiación, la corrección o, incluso la prevención (de Molina, 1996, p. 117)

De esta forma, Garófalo descartaba en su totalidad, la idea de que la pena fuera determinada en forma proporcional, pues consideraba que era más conveniente el establecimiento de penas drásticas y severas. Además, tampoco pensaba que la prevención fuera ideal en el momento de aplicar una sanción, pues no permitía establecer un castigo adecuado.

Los aportes fundamentales de Garófalo “pueden resumirse así: 1) aportó la noción de temibilidad; 2) aportó la noción de delito natural y; 3) resaltó la importancia de la reparación del daño a la víctima del delito, como medio de lucha contra él”. (Betancur, 2008, p.52)

Es notable que, a este jurista se le reconoce ser uno de los primeros exponentes del concepto de peligrosidad, puesto que inició desarrollando el término de temibilidad, como aquella perversidad constante que radicaba en un individuo. Cabe mencionar que, proporcionó una idea que hacía referencia a la expresión “delito natural”, en el cual era ineludible el elemento de la inmoralidad para que un hecho se considerara perjudicial para la sociedad. Incluso concibió de gran relevancia la reparación del daño causado por el delincuente, aspecto que se aprecia en el ordenamiento jurídico penal guatemalteco.

Ferri distinguía seis tipos básicos de delincuentes: nato, loco, habitual, ocasional, pasional y el involuntario (imprudente). Asimismo, propugnó la idea que la lucha y prevención del delito debía llevarse a cabo a través de una acción realista y científica de los poderes públicos, que se anticipara a aquel e incidiera con eficacia en los factores (especialmente en los factores sociales) criminógenos que lo producen. La pena, por sí sola es ineficaz si no va precedida y acompañada de las



oportunas reformas económicas, sociales, etc., por lo que, debe promoverse como instrumento de la lucha contra el delito una sociología criminal integrada, cuyos pilares serían la psicología positiva, la antropología criminal y la estadística social. (de Molina, 1996, p.118)

Ferri, como exponente de la escuela positiva, trató de perfeccionar los argumentos de Lombroso y Garófalo, promoviendo que la pena fuera un instrumento de defensa social, estableciéndose de conformidad al grado de peligrosidad que representaba el sujeto que delinque por sus características individuales, al ser este un factor natural, podía determinarse antes de que el sujeto cometiese cualquier delito, era posible imponer estas penas sin necesidad de esperar la comisión de un hecho delictivo.

Asimismo, propugnaba que la misma debía ir complementada con políticas públicas que brindaran seguridad y estabilidad a la sociedad. De esta forma, se motivaba la aplicación de medidas de seguridad como mecanismo regulatorio de conductas dañinas a una comunidad.

Ferri también distinguió dos tipos de peligrosidad: a) peligrosidad social: aquellas personas que, sin cometer un acto ilícito se encuentra en condiciones próximas a cometerlo; b) peligrosidad criminal: aquellos individuos que, siendo delincuentes, pueden volver a violentar la ley penal. (Betancur, 2008, p.55)

Este autor, dio un cambio al concepto de temibilidad desarrollado por Garófalo, a término de peligrosidad, realizando una distinción entre los individuos que tuvieran índices o probabilidad de incurrir en un hecho delictivo en el futuro y aquellos que ya habían cometido algún delito, pero que representaban un riesgo para la sociedad. Betancur (2008) indica que “la Escuela Positivista varió el paradigma de los clásicos: el delito no es lo principal, sino el estudio del delincuente, el verdadero protagonista del derecho penal”. (p.15).



Esta escuela no se fundamentaba en el daño ocasionado, sino, en aspectos subjetivos del individuo. Al ser el delincuente el protagonista del derecho penal, resultaba imprescindible hacer un estudio de este, con el objeto de determinar causas endógenas y exógenas, puesto que, de esa forma se podía atacar el delito, sometiendo al sujeto, con altas posibilidades de cometerlo a un tratamiento curativo. Se adaptaba la sanción que debía aplicarse a la personalidad del sujeto para que no conllevara un peligro para la sociedad.

Los postulados de la escuela positiva, según Betancur (2008) son:

- a. El derecho como fenómeno cultural históricamente condicionado, depende de circunstancias variadas de tiempo y lugar.
- b. El delito como ente de hecho, la naturaleza del delito consiste en un hecho natural y social, producto de factores antropológicos, físicos y sociales.
- c. Fundamento en la responsabilidad social, pues se basa en el hecho de vivir en sociedad, tomando en cuenta factores de la personalidad del individuo, que representan un grado de peligrosidad.
- d. Se sustituye el concepto de pena por el de sanción. Esta tiene como finalidad la defensa social ya sea como tratamiento o como prevención especial. Las medidas de corrección debían adaptarse no al delito, sino, a la personalidad del delincuente
- e. El establecimiento de subrogados penales. Si la pena tenía que ir adaptada a la personalidad del agente, se debía poder disponer de mecanismos para suspenderla, excluirla o moderarla, según las necesidades de la defensa social. Fue así, como se estableció la condena de ejecución condicional, el perdón judicial y la libertad condicional.



- f. El método utilizado era el inductivo (experimental), pues a través de la observación se logra determinar las causas que provocan la comisión de hechos delictivos.

En la escuela positiva, el individuo que delinquía era el punto central, por lo que la pena a imponer era proporcional a su estado de peligro (lo cual se desprendía de sus características personales). En esta, se destaca la clasificación de delincuentes, tomando en cuenta características físicas, psicológicas, biológicas y sociales, pues se tenía la idea que, al tener identificado a los sujetos con dichas peculiaridades, coadyuvaría a prevenir hechos futuros que pudiesen cometer.

Se partía de la idea, de que la comunidad debía tener en cuenta la probabilidad de que ciertos sujetos incurrieran en la comisión de hechos delictivos, para ello, debían tomarse medidas para prevenir dicha situación o incluso reaccionar. De ello se desprende la aplicación de medidas de seguridad de acuerdo con las características específicas de cada individuo.

De lo anterior se colige que el derecho penal de autor tuvo sus orígenes en la escuela penal positiva, pues la pena se vinculaba a la personalidad del individuo que delinquía, no al hecho cometido. Aunado a ello, las características personales del delincuente coadyuvaban a determinar el estado peligroso de este, para la aplicación de medidas de seguridad que previnieran la comisión de delitos en el futuro. También debe destacarse que, en esta corriente se empezaron a desarrollar mecanismos que tuvieran como objeto suplir el cumplimiento o ejecución de la pena, los denominados “sustitutivos penales”, mismos que el Código Penal guatemalteco actualmente regula.

### **1.1.2 Concepción del derecho penal de autor**

El derecho penal de autor, puede concebirse como la persecución que realiza el Estado, de aquellos sujetos que no responden al conjunto de valores establecidos



por determinada sociedad, por ser considerados potencialmente peligrosos para la conservación de la misma.

El derecho penal del enemigo, también denominado derecho penal de autor, se vincula a la personalidad del autor y la sanción representa la conducción de la vida del autor o los peligros que en el futuro se esperan del mismo. En contraposición a esta doctrina, se encuentra la teoría del derecho penal de acto o, de hecho, el cual se vincula a una acción concreta, descrita típicamente y la sanción representa solo la respuesta al hecho individual. (Roxin, 2008, P.177)

En la doctrina del derecho penal de autor, las características y los atributos personales del delincuente constituyen factores determinantes en el momento de aplicar una sanción, pues se pretende evitar riesgos futuros, sin tomar en cuenta el acto realizado. Lo cual contraría al derecho penal liberal por atentar contra la dignidad humana del individuo.

Zaffaroni, Alagia, & Slokar (2002) manifiestan que:

Para el derecho penal de autor identificado con una divinidad impersonal y mecánica, el delito es signo de una falla en un aparato complejo, pero que no pasa de ser una complicada pieza de otro mayor, que sería la sociedad. Esta falla del mecanismo pequeño importa un peligro para el mecanismo mayor, es decir, indica un estado de peligrosidad. (pág. 108)

La peligrosidad es concebida como una condición subjetiva, que indica la probabilidad de una persona de cometer actos delictivos futuros. Dicho factor, predomina en la doctrina del derecho penal de autor, pues conlleva a la aplicación de medidas de seguridad como mecanismo de prevención.

Castañeda García (2017) refiere:

El peligrosismo que surge con la escuela positiva italiana, destruye el concepto de culpabilidad entendida como reprochabilidad. (...) entendía que



no sólo bastaba con la punición de los delitos consumados o tentados, sino que convenía anticiparse a la realidad del mal, adoptando medidas de seguridad contra los sujetos de los cuales existía fundamento por condiciones personales, de relación o de ambiente, la posibilidad de comisión de actos contrarios a los intereses sociales e individuales. (p. 4)

En este sentido, el peligrosismo, llegó a formar parte fundamental de la doctrina del derecho penal de autor, pues las circunstancias personales del individuo determinaban la aplicación de medidas de seguridad, para prevenir la comisión de hechos futuros, independientemente del delito incurrido. Aunado a ello, las penas que se imponen son conforme a dicho factor, no guardando una correlación entre el acto y el daño provocado.

No hace falta una amplia exposición para destacar que las medidas de seguridad y corrección, a diferencia de las penas, "son fruto del pensamiento del derecho penal de autor. Las mismas se han desarrollado a partir de la teoría de la prevención especial de Liszt y se orientan por principio, totalmente a la personalidad del autor". (Roxin, 2008, p.189)

La teoría de la prevención especial de la pena, busca evitar la comisión de nuevos hechos delictivos, su política incide sobre el delincuente. Por lo que, las medidas de seguridad resultan ser los medios de defensa social que utiliza el Estado para prevenir el delito. Las mismas, pretenden ser aplicadas a los individuos a los que haya que impedir mediante coacción, por haber infringido el ordenamiento jurídico, puesto que existe un innegable factor de peligrosidad.

En consecuencia, se puede determinar que, la personalidad en una concepción psicológica, ha servido como instrumento dentro de la doctrina del derecho penal de autor, dejando al margen los principios de legalidad, dignidad humana e integridad, lo cual es propio de un régimen autoritario. Además, la misma fue tomada



en cuenta para la formulación de la teoría de Jakobs, lo cual se irá explicando en los subsiguientes capítulos.

## 1.2 Derecho penal del acto

Referente a la doctrina del derecho penal del acto, Bentancur (2004) ha establecido:

Este esquema del delito se edificó entre los años de 1870 y 1910 en Alemania. Sus cultores más importantes fueron Franz von Liszt y Ernst Beling. Para dicha época, la acción era comprendida como una modificación voluntaria del mundo exterior perceptible por los sentidos. Esto conllevaba a que la acción se considerara conformada por tres elementos básicos: (i) una exteriorización de la voluntad – o manifestación de la misma –, (ii) un resultado empíricamente verificable y (iii) un nexo causal a nivel físico. (pág. 24)

Todo derecho penal de garantías es un derecho penal de acto, principalmente porque se sanciona al sujeto por lo que hizo, no por lo que es. En este, predomina el principio de culpabilidad, el cual propugna la idea de que no existe acción sin voluntad, en este sentido, debe existir una conducta que produzca una lesión para que la misma pueda ser reprochada, y de esta forma se le sancione de acuerdo con el daño provocado.

Se debe resaltar que para Parma (2018) “la teoría del delito surge precisamente como reacción al llamado derecho penal de autor. En palabras simples la gente debía ser responsable por lo que hace no por lo que es físicamente o lo que piensa”. (pág. 11)

A partir del concepto básico de acción, dicho sistema categórico ha permitido formular reglas que han servido para determinar la responsabilidad del individuo que cometió un hecho ilícito.



Von Liszt y Beling, también son los creadores de la teoría del causalismo naturalista, la cual concibe a la acción "en términos físicos o naturalísticos, integrada por un movimiento corporal y el resultado de una modificación en el mundo exterior, unidos por un nexo causal" (Peña & Almanza, 2010, p.22). A partir de esta corriente, se inició a realizar una de las primeras elaboraciones sistemáticas de un derecho penal de acto, partiendo de un nexo causal, vínculo necesario entre los actos iniciales y el efecto causado. Por tanto, al individuo se le juzgaba por sus actos y ante la ausencia de estos, la persona no podría ser responsable de nada.

Zaffaroni, Alagia & Slokar (2002) refieren que:

En sus versiones más puras, el derecho penal de acto, concibe al delito como un conflicto que produce una lesión jurídica, provocado por un acto humano como decisión autónoma de un ente responsable (persona) al que se le puede reprochar y, por lo tanto, retribuirle el mal en la medida de la culpabilidad (de la autonomía de voluntad con que actúo). (p.109)

A diferencia del derecho penal de autor, dicha teoría propugna el factor de reprochabilidad social, razón por la que se debe sancionar aquellos hechos que tengan características de delito, sin tener en cuenta la vida personal del sujeto que delinque, imponiendo una pena acorde al daño o la puesta en peligro de un bien jurídico tutelado, enfocándose en un principio de legalidad.

Zaffaroni, Alagia & Slokar (2006), refieren que:

Un derecho penal de acto, con garantía de legalidad, exige un proceso penal en que se fije el objeto, se debata en equilibrio de partes (acusación y defensa), y decida un tercero (jurisdicción), todos independientes, o sea, un proceso penal acusatorio. Por el contrario, un derecho penal sintomático o de autor (que busca al enemigo) no fija ningún objeto y no necesita ningún debate, sino solo un órgano único del estado investigando y penando, o sea, un proceso penal inquisitorio. (pág. 131)





De esa cuenta, el derecho a la tutela judicial efectiva, forma parte del derecho penal de acto, pues mediante esta garantía se promueve que exista una relación lógica entre lo argumentado por las partes y lo resuelto por el órgano jurisdiccional; pruebas que comprueben la culpabilidad de un individuo; una resolución motivada obtenida de un debido proceso y aplicación de un principio de legalidad, lo cual es propio de un Estado constitucional y democrático. Por otro lado, si se omiten estas circunstancias, se estaría ante la presencia de un régimen autoritario.

La culpabilidad de acto para Zaffaroni, Alagia & Slokar (2006) “marca el máximo de reproche que permite habilitar poder punitivo. Se trata del máximo esfuerzo del poder punitivo admisible en el marco de un derecho penal de acto (constitucional), al que se opone el dato de la selección criminalizante”. (pág. 515)

El término de culpabilidad es concebido como la conducta consciente y voluntaria que da lugar a una reprochabilidad social, resultando ser un límite al *ius puniendi* del Estado, pues no propugna el castigo de la personalidad del autor, sino las transgresiones cometidas. En cuanto a la determinación de la pena, se toma en cuenta que sea proporcional al agravio causado.

Ha sido muy discutido, el hecho que la culpabilidad ha dejado de ser concebida como reprochabilidad social, pues se ha pretendido que la misma se sustente en un factor de peligrosidad. De esta forma, se desnaturaliza su función, limitar el exceso de la intervención represiva del Estado, provoca un derecho penal de autor. En otras palabras, debe ajustarse la pena a lo que el agente hizo y no a lo que es, apartando de esa manera, la doctrina del derecho penal de autor.

Lascurai Sánchez (2019) refiere que:

Si no se respeta el principio del hecho en un ordenamiento penal, éste ingresa en el campo del derecho penal de autor, en el que el injusto depende no tanto del hecho cometido como de las características – aquí: de su mala voluntad – del autor (y que también vulnera el principio de culpabilidad, al no



fijar la pena en función de la culpabilidad por el hecho) (...) Dicho de otro modo, el Derecho Penal de autor niega el punto de partida básico de que el ordenamiento solo debe penar el daño social producido. (P.72)

En la teoría del derecho penal, de hecho, o de acto, la conducta humana exteriorizada que constituye un hecho delictivo y que motiva una reacción penal, se gradúa la pena acorde a la gravedad del ilícito cometido y constriñe un principio de legalidad puesto que no se podrá imponer una pena sin existir una infracción. Ahora bien, si en el momento de sancionar al individuo que delinque, se hace con base en las condiciones de su personalidad, se atenta contra un derecho penal de garantías, que protege la dignidad humana de la persona, provocando un derecho penal de autor.

Aplicar el derecho penal de autor, donde la peligrosidad sea el punto de partida, trae como consecuencia, el desconocimiento de la reprochabilidad en el momento de la fijación de la pena, "dando como resultado el quebrantamiento de los principios de antijuridicidad material y derecho penal de acto, situación que aniquila la conexión o puente entre el injusto y la pena: la culpabilidad" (Castañeda García, 2017, pág. 18).

El principio de culpabilidad constituye un límite al poder punitivo del Estado, pues se encuentra dirigido a la desaprobación del acto ilícito por parte de la sociedad, promoviendo que se imponga una pena por la realización de hechos delictivos. Se determina por la imputabilidad del sujeto, la antijuridicidad y la exigibilidad de la conducta.

Cuando se aprecian las circunstancias de la personalidad de un individuo se fundamenta un derecho penal de autor, pues la sanción no se dirige al hecho en concreto incurrido. La concepción de peligrosidad es una circunstancia de probabilidad, que determina la aplicación de medidas de seguridad encaminadas a lograr la rehabilitación y reinserción social del individuo que ha cometido un hecho



delictivo. Se configura, por la manifestación del sujeto, como potencial delincuente con posibilidad de adaptarse a la sociedad.

Zaffaroni, Alagia, & Slokar (2006) establecen que “el derecho penal de autor imagina que el delito es síntoma de un estado del autor, siempre inferior al del resto de las personas consideradas normales”. (pág. 49)

En esta, la personalidad del sujeto es un factor fundamental para graduar la pena, trata de evitar la comisión de delitos futuros. Sin embargo, dicha concepción es rechazada por distintos autores, para contrariar al principio de legalidad, pues las sanciones aplicadas no son basadas en el hecho delictivo cometido.

A la inversa del derecho penal de autor, “el derecho penal de acto concibe el delito como un conflicto que produce una lesión jurídica, provocado por un acto humano como decisión autónoma de un ente responsable (persona) al que se le puede reprochar”. (Zaffaroni, Alagia, & Slokar, 2006, pág. 50)

El principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, favorece más el derecho penal de hecho que el derecho penal de autor, “pues las descripciones de acciones y las penas por el hecho se acomodan más al principio de precisión o determinación que unos preceptos penales que atiendan a “un elemento criminógeno permanente” en la persona del autor”. (Roxin, 2008, pág. 177)

En principio, ninguna conducta se calificará como delito si la misma no se encuentra tipificada como tal, así como no se impondrá sanción alguna si la ley no la hubiere fijado con anterioridad, lo cual constituye un derecho penal de acto, pues en ningún momento se propicia como fundamento para castigar al infractor, el establecimiento de sus características personales, sino el acto en sí. Cabe mencionar que, esto es acogido constitucionalmente en el artículo 17 e internacionalmente por la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 11 literal 2; el Pacto



Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 15; y la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 9.

Aniyar De Castro (1992) ha indicado que:

Los juristas actuales del derecho penal, así como las leyes de la mayoría de países del mundo, se han inclinado por la corriente del derecho penal de hecho o de acto, porque es la forma más viable de conservar el Estado de derecho, respetuoso de los derechos fundamentales de la persona, el cual impide la implementación de sistemas inhumanos, como lo fue en su momento el sistema penal inquisitivo, y para el efecto racionaliza el poder punitivo, limitándolo a ser una herramienta subsidiaria, que debe responder únicamente cuando los demás medios legales han fallado en la resolución de conflictos o en la restauración de la armonía social. (pág. 469)

En el caso de Guatemala, el derecho penal se encuentra regido por un derecho penal de acto, propio de un Estado constitucional. No obstante, es innegable que, dentro de su ordenamiento jurídico penal se contemplen instituciones propias de un derecho penal de autor, al regular lo referente a la peligrosidad, la habitualidad y reincidencia como circunstancias agravantes de la pena, así como la aplicación de medidas de seguridad.

Del alcance que se le quiera dar a la dañosidad social, según Busato & Montes Huapaya (2009) no se tiene que considerar las características personales de los sujetos como “la personalidad” o “conducción de la vida”. (...) en un Estado de derecho, social y democrático no se congratula con un “Derecho penal de autor” (pág. 90).

Por tanto, es indudable que el derecho penal debe limitarse únicamente a juzgar los actos cometidos por el imputado. Un Estado de derecho, respetuoso de los derechos humanos de los individuos, que propugna un derecho penal mínimo y la protección de bienes jurídicos, resulta incompatible con la doctrina del derecho



penal de autor, porque de lo contrario, se sancionaría a las personas por sus características y no por la conducta realizada.

### **1.3 La maximización del derecho penal en contraposición al derecho penal mínimo**

Huertas Díaz, Oviedo, & Bayona Hernández (2020) refieren que, “es imperativo colegir que, tanto desde la óptica externa como desde la interna del Derecho Penal es imprescindible una consideración de la Constitución como fuente y límite del Derecho Penal”. (pág. 188)

Un Estado de derecho requiere que, en su constitución se establezcan limitaciones al poder punitivo del Estado, partiendo de los principios de legalidad, intervención mínima, proporcionalidad, culpabilidad y resocialización. De esta forma, se acudirá al derecho penal en los casos que sea haga necesaria la protección de bienes jurídicos tutelados.

Según Ferrajoli (1995) existen dos extremos, derecho penal mínimo y derecho penal máximo, refiriéndose con ello, “a los mayores vínculos garantistas estructuralmente internos al sistema, bien a la cantidad y la calidad de las prohibiciones y las penas en él establecidas”. (pág. 104)

El derecho penal mínimo, se rige por el principio de estricta legalidad, concibe al derecho penal como la última razón por la cual la sociedad acude a resolver los conflictos suscitados dentro de ella. El poder punitivo no debe actuar, al existir la posibilidad de utilizar otros medios que sean efectivos, solo en la medida de lo necesario, promoviendo de esta forma, el respeto estricto de los derechos humanos de los individuos.

Para Zaffaroni, Alagia, & Slokar (2002) la teoría del derecho penal mínimo “propone la reducción radical del poder punitivo” (pág. 106). Propugna un estado garantista



de estricta legalidad, que acudirá al derecho penal en aquellos casos que se pretendan la protección de bienes jurídicos tutelados frente a hechos delictivos de gran trascendencia.

El principio de intervención mínima y el derecho penal como *última ratio*, comprenden que la intervención penal será inevitable, cuando no sea posible solucionar los conflictos por otras vías o mediante otros mecanismos no punitivos.

Rebollo Vargas (2013) refiere que dicho planteamiento cobra mayor sentido, si se reconoce en el derecho penal, un instrumento de reacción más que de resolución de conflictos, pues su esencia no está ni en prevenir ni en resolver, sino en reaccionar al delito y decidir sobre las responsabilidades y las consecuencias punitivas que le acompañan. (p. 689)

La corriente del derecho penal mínimo, parte de la idea de que el derecho penal solo intervenga cuando sea imprescindible, a fin de no desestabilizar el orden social. "Es la tendencia de reducir al mínimo posible las punibilidades en la norma penal, de reducir el número de tipos penales y de leyes, dejando la solución de conflicto a otras ramas de derecho". (Amuchategui, 2012, p.144)

El derecho penal se justifica cuando propone la reducción de penas arbitrarias, protección de derechos fundamentales, evita arbitrariedades, interviene solo cuando se hace necesario estabilizar un orden social, creando una consciencia para que el transgresor de la norma no vuelva a delinquir.

El derecho penal mínimo es, "sinónimo de racionalismo jurídico, permite intervenciones valorativas de atenuación y exclusión de responsabilidad cada vez que sea posible en un modelo de máxima protección de las libertades individuales". (Sánchez, 2006, p.88).



Se promueve el respeto de los derechos de los individuos que se encuentran garantizados en la Constitución y los tratados internacionales ratificados, lo cual configura un Estado de derecho, pues la intervención del poder punitivo debe reducirse al exiguo de lo necesario.

Silva Sánchez (1992) ha expuesto que “un derecho penal mínimo concebido como el mínimo imprescindible para la protección del delincuente frente a las reacciones informales sociales habrá de optar entre el mínimo imprescindible para intimidar y el mínimo imprescindible para estabilizar”. (pág. 226)

En el derecho penal, debe actuarse en los casos en los cuales la norma penal haya tipificado determinadas conductas como delitos, debiendo ser el último recurso contra el hecho delictivo. Al tener la sociedad, como interés principal, el desarrollo de sus miembros cuando existe una lesión de un bien jurídico y no existe otro mecanismo menos lesivo, se acude al poder punitivo del Estado.

El derecho penal mínimo se encuentra condicionado al máximo, “corresponde no solo al máximo grado de tutela de las libertades de los ciudadanos respecto del arbitrio punitivo, sino también, a un ideal de racionalidad y de certeza”. (Ferrajoli, 1995, pág. 104)

El derecho penal mínimo como instrumento de control social, se caracteriza por proteger bienes jurídicos de gran trascendencia, acudiendo a la vía punitiva para sancionar los ataques graves a los mismos. Promueve el respeto irrestricto de los derechos humanos de los individuos, garantizados en la Carta Fundamental y en tratados internacionales, de esta manera, se consolida un Estado de derecho.

Busato & Montes Huapaya (2009) manifiestan que:

El llamado moderno Derecho penal y sus técnicas de tipificación no se congratulan con los postulados de un Derecho penal mínimo: los síntomas de pérdidas sistemáticas de las garantías penales, las erosiones del principio



de legalidad, la proliferación de los nuevos bienes jurídicos, la regulación de los delitos de peligro abstracto o el uso indiscriminado de la norma penal en blanco evidencian un derecho penal a pedido del consumidor. En la medida que se proceda a la descriminalización de ciertas conductas que bien pueden ser reservadas a la actuación del derecho administrativo sancionador, el Derecho penal se congratula con su verdadera función de *última ratio*. (pág. 138)

En contraposición a la doctrina del derecho penal mínimo, se encuentra el derecho penal máximo que promueve la severidad de las penas, un estado policial, autoritario y arbitrario, contrario a un derecho penal garantista como mecanismo de reacción a los delitos cometidos.

La maximización del derecho, conlleva a la restricción de dichas garantías, el uso desproporcionado del poder punitivo del Estado, aumento de las penas, en función de los problemas circunstanciales de la sociedad. Asimismo, pretende una punición anticipada con la finalidad de prevenir hechos delictivos futuros.

Esto significa que, en el derecho penal existe una dicotomía, por un lado, el derecho penal mínimo, que es regido por un principio de legalidad, el cual propugna que las restricciones de libertad para los individuos sean las menos posibles, pues corresponden a una noción de garantismo; y, por otro lado, el derecho penal máximo, que es desmedido, relativiza dichas garantías para otorgarles seguridad jurídica a los miembros de una sociedad, ampliando el ámbito de aplicación de la ley penal.

El modelo del derecho penal máximo es "incondicionado e ilimitado, se caracteriza, además de su excesiva severidad, por la incertidumbre y la imprevisibilidad de las condenas y de las penas". (Ferrajoli, 1995, pág. 105)





Se relaciona con un derecho penal del enemigo, en virtud que propugna la restricción de garantías procesales para aquellos individuos transgresores de la norma, así como la aplicación de penas drásticas y desproporcionadas que buscan justificarse en el otorgamiento de seguridad jurídica a los miembros de la sociedad.

González Rodríguez (2008) expone que:

El maximalismo penal descansa en la negación absoluta del principio garantista de intervención mínima; según el cual, el Derecho Penal solo debe ser utilizado para resolver los conflictos que amenacen o dañen los bienes jurídicos fundamentales ante la ausencia de otro recurso de control. La tendencia de hiperbolización del Derecho Penal recurre al modelo disuasorio clásico de reacción frente a la criminalidad, exigiendo el uso exclusivo de las estrategias represiva y preventiva penal con una desmedida competencia del Estado a través de los mecanismos formales de control, pretendiéndose con ello la utilización ejemplarizante y simbólica del Derecho Penal. (p.7)

La maximización del derecho penal es caracterizada por la ampliación desmedida del rigor penal, acentuándose en la elevación de penas. Existe ausencia de parámetros certeros y justos, lo cual provoca detrimento en las garantías constitucionales que gozan los individuos. Esta tendencia, es opuesta al derecho penal mínimo. Amuchategui Requena (2012) en relación con este punto, expresa que:

Se trata de extender cada vez más los ámbitos de competencia del derecho penal. Pretende resolver los problemas y conflictos mediante el derecho penal, aun cuando pudieran resolverse por otros medios y vías como el derecho civil, administrativo, laboral, etcétera. En lugar de buscar soluciones a través de la prevención, por ejemplo, el legislador penal prefiere crear tipos penales, leyes y aumentar punibilidades. (pág. 145)



El derecho penal máximo, en efecto, trata de ampliar el ámbito de aplicación del derecho penal, pues supone que de esta forma se garantizará el desarrollo de los ciudadanos que conforman una sociedad. Es innegable que, contraviene el principio de *última ratio*, pues impide que se proceda a resolver ciertos conflictos a través de otras vías antes de acudir al poder punitivo del Estado.

González Rodríguez (2008) argumenta que su postura opta por la existencia de un derecho penal mínimo y garantista, caracterizado por tutelar solo bienes jurídicos de la mayor trascendencia y únicamente sancionador de ataques especialmente graves a esos bienes. Debe existir una aceptación racional de que el sistema penal posee un límite en su contribución al control social de la delincuencia. El propio derecho penal debe procurar controlar al mínimo, el daño y la estigmatización que suponen la aplicación de las sanciones penales.

El garantismo penal es fundamento de un Estado democrático, semejante a un derecho penal mínimo, puesto que, pretende establecer límites al poder punitivo del Estado. Al ser el derecho penal subsidiario y de *última ratio*, debe acudirse a él solo para casos estrictamente necesarios, cuando el conflicto no haya sido solucionado por otras vías menos lesivas.

Puede afirmarse que, la corriente del derecho penal mínimo se encuentra íntimamente vinculada con el derecho penal de acto, al restringir la intervención punitiva del Estado, pues no debe acudirse al derecho penal si el conflicto puede solucionarse por medio de otros mecanismos menos lesivos a la persona. Este se encuentra relacionado con el principio de legalidad, que es el pilar fundamental de un derecho penal liberal, debido a que constituye la base para la determinación de las conductas que se consideran prohibidas, de esta forma se evitan arbitrariedades.

Ahora bien, respecto a la maximización del derecho penal, ha de indicarse que es una corriente totalmente opuesta a un derecho penal mínimo, que se caracteriza

por la ampliación desmedida del rigor penal, aplicación de penas desproporcionadas, así como la restricción de garantías mínimas, lo cual fomenta arbitrariedades y atenta contra los principios de presunción de inocencia, legalidad y dignidad humana. Esta corriente se relaciona íntimamente con la doctrina del derecho penal del enemigo desarrollada por Jakobs, pues busca despojar de su calidad de ciudadano a aquellas personas que atentan contra el ordenamiento jurídico y representen un peligro para la comunidad.





## CAPÍTULO II

### EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

El profesor Jakobs, es principalmente conocido por acuñar el término “derecho penal del enemigo”, el cual surge en 1985, promoviendo la sanción de actos preparatorios, esencialmente por el peligro que el infractor pudiese revestir antes que, de alguna forma, pudiera atentar en contra de un bien jurídico tutelado y la vigencia de la norma. Asimismo, parte de la idea, que todo aquel que transgreda la construcción filosófica del pacto social debe denominársele “enemigo” o “no persona”, despojándolo de sus garantías como ciudadano de la sociedad, lo cual ha sido objeto de discusión por distintos juristas. Es por ello que, en este capítulo se desarrollará esta teoría, empezando con la biografía del autor, posteriormente se expondrá el origen y características de esta teoría, para finalmente presentar las distintas opiniones y críticas que esta teoría ha motivado.

#### 2.1 Günther Jakobs

Günther Jakobs “nació el 26 de julio de 1934, en Mönchengladbach, Alemania, es un jurista especializado en derecho penal, derecho procesal penal y filosofía del derecho”. (Peña & Almanza, 2010, p.52)

Es principalmente conocido por ser el creador de la doctrina del derecho penal del enemigo, que parte de la transgresión del infractor del pacto social, celebrado por los individuos con el Estado.

El emérito Jakobs:

Fue director del Seminario de Filosofía del Derecho y Codirector del Instituto de Derecho Penal de la *Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität de Bonn (República Federal de Alemania)*. Tras sus estudios de Derecho en las Universidades alemanas de Colonia, Kiel y Bonn, entre los años 1959 y 1963



(fecha esta en la que realiza su primer examen de Estado), buscando los profesores que él considero de mayor interés para su formación académica. Jakobs emprendió sus estudios de doctorado en Bonn bajo la dirección de Hans Welzel. (Jakobs, 2004, pág. 15)

Según se observa, Jakobs fue influenciado por Welzel, precursor del finalismo penal, en el cual, la acción humana constituía el ejercicio de la actividad final y no el proceso causal. Sin embargo, con base en los conocimientos adquiridos fue creando su propia teoría del sistema social, argumentado que cada individuo de su sociedad debe ser considerado como portador de un rol.

En 1967 “defiende su tesis doctoral titulada *Die Konkurrenz von Tötungsdelikten mit Körperverletzungsdelikten*, sobre el concurso de los delitos de homicidio con los delitos de lesiones y en ese mismo año realizó exitosamente su segundo Examen de Estado”. (Jakobs, 2004, pág. 15)

Entre los años 1968 a 1971 Jakobs obtuvo una beca por parte de la Sociedad Alemana de Investigación para la consecución de su habilitación como profesor de derecho penal, beca que compaginó con su actividad de asistente científico en el Seminario de Filosofía del Derecho. Asimismo, su primer puesto fue como profesor y obtuvo también el cargo de consejero científico en la Universidad de Bochum. Desde 1991, el profesor se convirtió en miembro ordinario de la Academia de Ciencias de Renania del Norte-Westfalia, clase Ciencias Filosóficas, con sede en Dusseldorf, y desde 1997 es miembro correspondiente de la Academia Bávara de Ciencias, clase filosófica-histórica, con sede en Munich. (Jakobs, 2004)

No cabe duda que Jakobs se distingue por ser un jurista especializado en derecho penal, lo cual ha contribuido al desarrollo de su teoría, denotando una crítica a concepciones naturalistas.



Fue en 1971 cuando “se habilita como profesor para las disciplinas de derecho penal, derecho procesal penal y filosofía del derecho, con un trabajo principal sobre los delitos imprudentes”. (Jakobs, 2004, pág. 15)

En el año 1985, Jakobs introdujo la idea del derecho penal del enemigo, en la forma de un concepto doctrinal y también como un postulado político-criminal, cuyo desarrollo y concreción han sido, y aún son, proseguidos hasta hoy por él mismo y por otros penalistas, que siguen o están próximos a los planteamientos teóricos del gran penalista y científico alemán. (Moreno, Ruiz, Sevilla, & Romano, 2010, p.263)

El término “derecho penal del enemigo”, ha sido muy discutido por distintos juristas penales, debido a que el mismo engloba una tendencia que se contrapone al derecho penal garantista. Sin embargo, la misma ha servido de análisis por distintos autores, pues es indudable que tiene elementos que vale la pena considerar. Es por ello que, en los subsiguientes capítulos se examinará a profundidad cada una de sus características.

Romero Garibay, De la Cruz Díaz, & Batalla Bustos (2019) indican que el término del derecho penal del enemigo surgió: “precisamente en la ponencia denominada *Criminalización en el estado previo a la lesión de un bien jurídico*, que presentó en el congreso de los penalistas alemanes”. (pág. 27)

En esta ponencia, se puede observar que Jakobs iniciaba a desarrollar su doctrina, argumentando la importancia de evitar la comisión de hechos ulteriores, que constituyeran una afectación grave a los bienes jurídicos tutelados. Lo cual constituye una de las características de su teoría, la prevención.

El profesor Günther Jakobs, en su ponencia de Berlín, en 1999, hizo referencia al mismo tema, solo que ahora, se ocupó de él de una manera diferente.



En esa ocasión, el discurso determinó la necesidad de reaccionar en contra de los sujetos que no se ajustan a la norma, de aquellos para los cuales la criminalización normal no funciona, de aquellos que no pueden ser considerados como ciudadanos y que son personas, pero sólo en *potencia*, a ellos no se les sanciona, más bien se les combate. Es algo así como una normativa de lucha, de guerra. (Mancera, 2011, p.22)

Este ha sido el punto de partida de la teoría de Jakobs y un tema controversial por distintos estudiosos del derecho penal, puesto que el hecho de realizar una división que determine que a los individuos que infringen la normas, se les categorizará como enemigos de la sociedad, debiendo estos, ser combatidos, crea una especie de enfrentamiento, atentándose contra el principio de igualdad.

La base filosófica de la teoría de Jakobs, en cuanto a su desarrollo, se pueden identificar claramente dos etapas: la primera, cuando el jurista hace la propuesta de la tesis en 1985, y la segunda inicia a partir de 1999. Su doctrina tiene sus antecedentes en el contrato social de Rousseau, los escritos de Fichte, el iusnaturalismo de Hobbes y los trabajos de Kant. Jakobs afirma que, desde la obra de Rousseau se puede descubrir que este se refiere a que el hombre que se separa del contrato social que aceptó, y viola la ley, se está separando de las normas acordadas por el conglomerado. (Ordoñez Nájera, 2016, p.185)

El jurista alemán ha sido autor de distintos libros que han dado sustento a la teoría objeto de estudio, de los cuales se pueden mencionar:

**a. *Derecho penal, parte general: fundamentos y teoría de la imputación***

En este libro esboza la idea, que la sociedad no puede ser entendida como un sistema que tienda básicamente a la protección de bienes jurídicos, sino “que se debe dar a partir de una creación de roles señalándose a cada persona un determinado status en la vida de relación, por lo que el hombre



no debe ser considerado individualmente, si no como portador de un rol  
(Peña Gonzáles & Almanza Altamirano, 2010, pág. 52)

**b. *La imputación objetiva en el derecho penal***

En este texto, el jurista alemán esboza la evolución de dicha teoría y los fundamentos que sirven de base a la misma, así como las instituciones dogmáticas que la integran. Esta doctrina cumple un papel fundamental que permite determinar los ámbitos de responsabilidad dentro de la teoría del delito, partiendo del juicio de tipicidad. (Jakobs, 1996)

**c. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional***

En este libro, el jurista concibe la teoría del funcionalismo jurídico penal; como aquella según la cual, el Derecho penal está orientado a garantizar la identidad normativa, la constitución de la sociedad, cuyo objeto es resolver los problemas del sistema social. (Jakobs, 1996)

**d. *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de sociedad***

En este texto desarrolla aspectos fundamentales de la doctrina del derecho penal del enemigo, aportaciones sobre la prevención general positiva, imputación jurídica, la importancia de la vigencia de la norma, incluyendo el término *actio libera in causa*, el cual puede traducirse como acto libre por su propia causa, utilizada en el desarrollo de la teoría del delito en el momento del análisis de culpabilidad, partiendo que puede ser punible la conducta criminal inimputable, tales como en los casos de homicidios en estado de ebriedad. (Jakobs, 2004)

**e. *El derecho penal del enemigo***

En este opúsculo, Jakobs desarrolla su doctrina, partiendo de la concepción de la pena como aseguramiento, indicando que la misma debe ser efectiva, además realiza una distinción entre el derecho penal del ciudadano y el dirigido a las personas consideradas como “enemigos” o “no personas”.





Jakobs ha publicado diferentes libros que han permitido el desarrollo de la doctrina del derecho penal de enemigo. En estos, ha descrito la forma en la que la pena ha sido considerada como una representación de la fidelidad al derecho, pues al incurrir en la comisión de un hecho delictivo se violenta la confianza en la norma establecida; la finalidad del derecho penal como el mantenimiento de la configuración social básica, pues ha considerado que los conceptos de dicha rama no pueden derivarse del derecho natural; el adecuado comportamiento de los individuos como símbolo de la vigencia de la norma; el derecho, la constitución y la sociedad como garante de la identidad normativa (funcionalismo sociológico), así como la separación entre ciudadanos y enemigos.

Lo que resulta interesante de Jakobs, es que, en sus teorías siempre ha recalcado lo relativo a la vigencia de la norma, indicando que la misma será eficaz al lograrse su fiel cumplimiento, puesto que de nada sirve que se encuentre contenida en un ordenamiento jurídico si no va a poder ser aplicada, de acuerdo con sus fines. Por lo que, al darse una transgresión, la pena se utiliza como instrumento de reafirmación de las expectativas que fueron defraudadas.

Para el desarrollo de su doctrina, Jakobs esboza lo relativo al contrato social, siendo este un término que ha sido utilizado para describir un pacto realizado entre los ciudadanos que conforman la sociedad, con el objeto de acordar derechos y deberes, sometimiento a una autoridad, así como el respeto a las normas que regulan la convivencia pacífica y justa. En este, los individuos acuerdan someterse a un régimen con el objeto de que sean garantizados sus derechos humanos, de tal manera que a quien incumple, no puede garantizársele los beneficios acordados en él. Esta concepción fue tomada por Jakobs para explicar la necesidad de realizar una distinción entre ciudadanos y enemigos.

Conforme a la investigación realizada por Jakobs:

Tanto Hobbes, como Rousseau, Fichte y Kant, plantearon el tratamiento del infractor normativo como enemigo en cuanto rechaza el pacto social por



medio del delito. El sustrato filosófico de la ilustración permitiría de acuerdo con Jakobs, que la interpretación del infractor normativo como persona, es decir, como sujeto de derechos y obligaciones, sea sustituida por su interpretación cognitiva, esto es, como individuo portador de peligro y, por tanto, como enemigo. (Ilustre Colegio de Abogados de Chuquisiaca, 2019, pág. 283)

No cabe duda que, desde épocas anteriores al planteamiento de Jakobs, se ha pretendido categorizar a los infractores de las normas como enemigos de la sociedad. Asimismo, se les ha etiquetado como portadores de peligro, pues irrumpen con el régimen normal de la sociedad, dando lugar a un Estado policial.

Para el derecho penal del ciudadano, la doctrina del derecho penal del enemigo, “es equiparada a una guerra refrenada, consistiendo en la coacción física que no respeta los derechos del infractor y se encuentra orientada a neutralizar peligros”. (Ilustre Colegio de Abogados de Chuquisiaca, 2019, pág. 283)

En este sentido, se pretende dejar al margen a los individuos que incurran en la comisión de un hecho delictivo y prevenir que un sujeto en estado peligroso atente contra los bienes jurídicos que protege el derecho penal.

Jakobs, en su teoría, justifica que “un derecho penal excepcional, de enemigo, es una propuesta de solución a los males que aquejan a la sociedad”. (Durán, 2010, p.518). Su doctrina se aplica principalmente contra aquellas personas que contravienen el ordenamiento jurídico, como una forma de mantener una convivencia pacífica y armónica dentro de la comunidad. Esta corriente nació para darle solución a aquellos problemas que representan un riesgo para los miembros de una colectividad, tales como, la proliferación de actos terroristas, narcotráfico, trata de personas y lavado de dinero u otros activos.



Su propuesta consistía en “construir un derecho penal bifurcado entre el derecho penal del “ciudadano” y el derecho penal del “enemigo”. Mientras el primero conservaría las características del derecho penal liberal clásico, el segundo se constituiría con garantías constitucionales disminuidas y con una finalidad securitaria”. (Muñoz & Tripolone, 2018, pág. 40)

En la respectiva propuesta, se buscaba realizar una distinción entre ciudadanos y enemigos, con el objeto de garantizar a los individuos respetuosos de las normas en una sociedad y su seguridad cognitiva. Mientras tanto, a los transgresores se les vedaba de cualquier derecho o garantía que pudiesen tener, pues no era permitido que fueran tratados en un plano de igualdad.

## **2.2 Concepción del derecho penal del enemigo**

En los últimos años, la doctrina del derecho penal dirige su mirada a ciertas regulaciones del derecho positivo que parecen diferenciarse del derecho penal general, derivado de determinadas características peculiares, las cuales podrían motivar su agrupamiento e individualización como un particular corpus punitivo que podría identificarse con la denominación “derecho penal del enemigo”. (Gracias, 2005, p. 5)

El derecho penal tiene como objetivo regir la conducta de los sujetos que conforman una comunidad, por medio de un conjunto de normas, que pueden ser impuestas a sus destinatarios mediante el empleo de la fuerza de que dispone el Estado. El mismo, como último recurso para la protección de bienes jurídicos, busca resolver los distintos problemas sociales para mejorar la convivencia en la sociedad, contribuyendo al bien común. Sin embargo, en los últimos años han surgido diversas doctrinas que cambian su concepción principal y que promueven la maximización del derecho.



Cote Barco (2008) refiere:

El derecho penal del enemigo explicado por Jakobs, al surgir en contextos de guerra interna, tiene el gran riesgo de obedecer a una lógica de enemistad absoluta. Esto lleva al ordenamiento punitivo a estadios bastante antidemocráticos en lo que el carácter jurídico de tales normas no deja de ser simplemente formal, pues con ellas se termina maquillando el uso indiscriminado de la violencia estatal. (pág. 90)

En un principio, esta doctrina surgió con el objeto de encontrar una herramienta eficaz que contribuyera a erradicar el flagelo del terrorismo. Por ello, la misma busca sancionar drásticamente a todas aquellas personas que infringen las normas, asimismo, busca prevenir la comisión de delitos futuros.

Es imprescindible tener en cuenta lo relativo a la teoría funcional de Jakobs, en virtud que la misma le ha servido de base para llegar a la concepción de la doctrina objeto de estudio. El jurista alemán, parte de cómo debieran comportarse los miembros que conforman una sociedad y las consecuencias de su incumplimiento en el momento que la misma se transgrede, de tal manera que al desarrollar su teoría funcional se apoya en tres elementos esenciales: “los conceptos de sociedad, norma (expectativas contrafácticas) y persona configurada socialmente (no como un ente natural y psicofísico)”. (Cervini, 2010, pág. 38)

De esa cuenta, Portilla Contreras (2007) determina que:

Al contraponer un derecho para ciudadanos y un derecho para enemigos, que descansa en la normativización del concepto de persona, la definición de persona a partir de una construcción comunicativa, y no como sujeto universal de derechos, se crea artificialmente una falsa dicotomía que justifica un modelo “jurídico” exento de garantías. (pág. 227)

En el momento de realizar una notable distinción entre individuos catalogados como ciudadanos y enemigos, se busca que los individuos que infrinjan la norma no opten



a un proceso penal con garantías mínimas, configurando de esa manera, un derecho penal absoluto, carente de límites.

Por su parte, Luhmann afirma que el derecho es un sistema social “Se trata, según su formulación, de la estructura de un sistema social vinculada a la generalización congruente de expectativas normativas de comportamiento”. (Peña & Almanza, 2010, p. 54)

Respecto a que el derecho es un sistema social, Jakobs ha sido impulsor de la idea de que a cada uno de los individuos que pertenece a una sociedad, debe asignársele un rol, con el objeto de no defraudar las expectativas sociales, tales como no poner en riesgo los bienes jurídicos tutelados. Asimismo, se justifica en la necesidad de contar con herramientas que permitan reaccionar ante las trasgresiones, en virtud que el derecho penal tiene como objetivo la creación y conservación del orden social.

Jakobs & Meliá (2006) indican que la esencia del concepto de derecho penal del enemigo:

Constituye una reacción de combate del ordenamiento jurídico contra individuos especialmente peligrosos, que nada significa, ya que de modo paralelo a las medidas de seguridad supone tan sólo un procesamiento desapasionado, instrumental, de determinadas fuentes de peligro especialmente significativas. Con este instrumento, el Estado no habla con sus ciudadanos, sino amenaza a sus enemigos. (pág. 86)

Esta doctrina, busca evitar la comisión de hechos ulteriores que constituyan un ilícito. Para ello, se enfoca en los sujetos peligrosos, pues estos tienen altos índices de transgredir la norma, por sus características. Lo cual constituye un derecho penal de autor, pues no se enfocará en el hecho incurrido, sino en lo que representa el individuo. Así como la defensa de la vigencia de una norma, pues busca su estricto cumplimiento.



Para Mizrahi (2012):

El derecho penal del enemigo surge ante la necesidad de brindar a los ciudadanos una cierta garantía cognitiva respecto de la validez del derecho en un Estado que comienza a ser percibido como crecientemente vulnerable. Como es sencillo constatar, a la gran mayoría de los ciudadanos no les basta para sentirse seguros con saber que determinadas acciones están penadas por ley, sino que, además requieren contar con alguna certeza respecto de la improbabilidad de su ocurrencia. Por ello, el derecho penal del enemigo surge como un dispositivo de defensa frente a posibles agresiones futuras y no para castigar acciones pasadas. (pág. 32)

Principalmente, el derecho penal busca que el Estado ejerza un mecanismo de control social para reaccionar cuando se atente contra algún bien jurídico tutelado. En el caso de la teoría del derecho penal del enemigo, al jurista alemán, le interesa prever que el sujeto perteneciente a una sociedad no incurra en la transgresión de una norma a pesar de que dicha acción aún no se haya realizado, lo que configura un adelantamiento punitivo.

Parma (2018) sostiene: “La tesis jakobsiana no es más que una aceptación solapada de las ideas de Lombroso y Hobbes, lo que implica una vuelta al derecho penal de autor”. (pág. 38)

El profesor de Bonn, basó parte de su doctrina en concepciones desarrolladas por diferentes juristas, una de ellas, la teoría de Lombroso, quien realizaba una clasificación de los delincuentes, determinando que la criminalidad se encontraba asociada a causas biológicas y físicas de los individuos. Así como la teoría de Hobbes, que partía de un pensamiento contractualista entre los ciudadanos y los gobernantes.

Ambos (2007) refiere que la concepción del derecho penal del enemigo, postula y exige la exclusión y marginalización de los enemigos del sistema dominante, lo cual



perfectamente sirve como base teórica o fundamento de un régimen penal de corte autoritario.

En el momento de marginar a una persona que infringe una norma como un enemigo de la sociedad, se configura un derecho penal autoritario, que atenta contra la dignidad del individuo, lo cual es inviable en un sistema garantista. Si bien, el sujeto que transgrede el ordenamiento jurídico no debe ser tratado en plano de igualdad, es innegable que goza de garantías mínimas para un debido proceso.

Juárez Barato (2008) expresa:

Para Günther Jakobs, como defensor del derecho penal del enemigo, el poder penal del Estado frente a determinadas manifestaciones de la criminalidad ya no puede ser entendido desde la lógica tradicional de la pena como respuesta a la culpabilidad y como reafirmación de la vigencia de la norma, sino más bien desde la pura gestión contra fáctica de los peligros. En algún sentido, considera, ya no se trata a ciertos delincuentes como personas, sino como enemigos. (pág. 2)

### 2.3 Características del derecho penal de enemigo

El derecho penal del enemigo se caracteriza por tres elementos:

En primer lugar, se constata **un amplio adelantamiento de la punibilidad**, es decir, que, en este ámbito, la perspectiva del ordenamiento jurídico-penal es prospectiva (punto de referencia: el hecho futuro), en lugar de –como es lo habitual– retrospectivo (punto de referencia: el hecho cometido). En segundo lugar, **las penas previstas son desproporcionadamente altas**, especialmente, la anticipación de la barrera de punición no es tenida en cuenta para reducir en correspondencia la pena amenazada. En tercer lugar,



**determinadas garantías procesales son relativizadas o incluso suprimidas.**<sup>3</sup> (Jakobs & Meliá, 2006, p. 111)

La doctrina del derecho penal del enemigo, parte de un adelantamiento punitivo, puesto que busca prever situaciones a futuro, como mecanismo de defensa por parte del Estado. Con relación a los delitos incurridos, busca que los mismos sean sancionados con penas severas, a su vez, propugna que el individuo transgresor, sea marginado y no se le reconozcan garantías mínimas, pues para dicha teoría, en el momento de incurrir el sujeto en una transgresión, se le cataloga como enemigo de la comunidad.

En concordancia con lo anterior, puede sostenerse que, el derecho penal del enemigo tiene varias características que lo distinguen. En relación con el adelantamiento de la barrera de punibilidad, no es otra cosa que la introducción de una perspectiva de futuro en la punición de ciertas conductas, es decir, “se sancionan los actos preparatorios precisamente por la peligrosidad que pueden revestir, antes de dañar el bien jurídico tutelado, en estos casos dichas tentativas se sancionan más que la conducta desplegada”. (Romero, De la Cruz, & Batalla, 2019, p. 45)

Por medio de la característica del adelantamiento punitivo, se busca reprimir a un sujeto, por una serie de comportamientos y situaciones subjetivas de peligrosidad que a futuro pudieran provocar la comisión de hechos delictivos que atenten contra los bienes jurídicos protegidos por el derecho penal. Es decir que, sin existir un acto realizado por parte de un sujeto, es sancionado por su personalidad o modo de ser.

Por medio del adelantamiento, se habrá de proteger no solo la seguridad cognitiva; sino también bienes generales y, en su caso, individuales. Tamés (2015) al respecto, indica que “el adelantamiento de la barrera es aplicado solo a casos específicos de

---

<sup>3</sup> Lo resaltado en negrilla es propio de la autora de la presente investigación.





delincuencia que perturban esa seguridad cognitiva, situación que no es desencadenada por cualquier tipo de injusto”. (pág. 439)

La seguridad cognitiva, puede concebirse como una garantía de comportamiento, de la cual gozan los individuos respetuosos de las normas que conforman la sociedad, en el sentido que serán satisfechas sus expectativas, es decir, la de no verse perjudicados por sujetos infractores. La doctrina del derecho penal del enemigo, busca satisfacer las necesidades del Estado que no pueden ser cubiertas por el derecho penal, con el objetivo de evitar que existan personas que ataquen la legitimidad del ordenamiento y coadyuven a su destrucción. De esta forma, se sabrá que se podrá vivir en la comunidad, sabiendo que existirá un respeto efectivo de las leyes establecidas.

Respecto a las penas previstas en el derecho penal del enemigo, las mismas son desproporcionadamente altas, “ya que el bien jurídico y, en consecuencia, el delito producido o por producir es de especial valoración”. (Parra, 2006, pág. 167)

Jakobs al promover la aplicación de penas drásticas y desproporcionadas, busca reafirmar la vigencia de la norma, la protección de los bienes jurídicos tutelados y ejercer un mecanismo de defensa ante las infracciones cometidas. Puesto que, de esta forma, se garantiza el bienestar de los ciudadanos respetuosos de la ley.

Esta forma de reacción normativa estatal, lo soporta el profesor Jakobs, en el hecho de considerar a una serie de sujetos que por su tenacidad para vulnerar la ley, alcanzan el *status* de no personas, se trata de aquellos que requieren de un tratamiento especial, diferenciado del que se da a los ciudadanos normales, dado que estos últimos sí pueden ser considerados como personas y, por tanto, su violación a la ley se debe tratar dentro de la normalidad que implica la imposición de una pena, con el fin de dar vigencia a la prevención general positiva. (Mancera, 2011, p. 20)



La base fundamental del discurso de Jakobs es, la drástica distinción que realiza entre las personas que cumplen con las normas establecidas dentro de un ordenamiento jurídico y aquellas que transgreden las mismas. A estas últimas, se les cataloga como “no personas”, debido a que perdieron la calidad de ciudadano por colocarse al margen del sistema y violentar el régimen jurídico de un Estado, lo cual trae como corolario que se les restrinja sus garantías mínimas.

Con relación a la característica que determinadas garantías procesales son relativizadas o incluso suprimidas, en la doctrina jurídico penal, puede señalarse que surgen:

A través de la imputación jurídica, conforme a criterios que independizan de la causalidad; de la minimización de la acción en beneficio de la omisión, sin que interese lo que realmente el agente haga sino el deber que haya violado; de la construcción del dolo sobre la base del simple conocimiento (teoría del conocimiento), que le permite abarcar campos antes considerados propios de la negligencia; de la pérdida del contenido material del bien jurídico (...). (Zaffaroni, 2006, p. 15)

En la aplicación de la teoría objeto de estudio, las garantías procesales son restringidas para aquellas personas a las cuales se les ha catalogado como enemigos, por atentar contra el régimen jurídico de una sociedad. Se violenta la presunción de inocencia, facultad que goza cualquier individuo sometido a un proceso penal; se amplían los plazos de investigación; se toma como regla general la aplicación de la medida de coerción de prisión preventiva; no se permite la fiscalización de los medios de prueba, en fin, no se da una tutela judicial efectiva.

Ordoñez Nájera (2016) deduce que en la doctrina de Jakobs:

Las garantías básicas desaparecen para aquel que no merece ser enjuiciado como el resto de los ciudadanos, y se supone que la clase de acciones que ha cometido, faculta al Estado a defenderse, priorizando su supervivencia,



no debe valorarse que se despoje a este individuo de sus derechos. (pág. 188)

En la concepción de esta doctrina, el Estado reacciona a manifestaciones de criminalidad, en primer término, buscando la prevención de hechos delictivos futuros y, en segundo término, penando de forma severa las acciones incurridas, optimizando la protección de bienes jurídicos.

Para Jakobs sí habría individuos que tendrían que ser diferenciados como enemigos, esa diferencia se establecería con respecto a los ciudadanos:

Por esta razón individualiza y distingue a un derecho penal del enemigo y lo contrapone al derecho penal del ciudadano, si bien últimamente quiere relativizar dicha contraposición mediante una presentación del uno y del otro como “tipos ideales” que difícilmente aparecen en la realidad en estado puro, pues, según él, en el derecho penal del ciudadano existirían elementos del derecho penal del enemigo y, viceversa, en este último también habría elementos del primero. (Gracias Martin, 2005, pág. 5)

En esencia, esta doctrina promueve que los sujetos catalogados como enemigos, no sean regidos por los principios y reglas aplicados a los que si acatan las normas. Si bien, se identifican dos grupos, hay que indicar que, en el derecho penal del ciudadano, existen casos en los cuales, se promueve la vigencia de la norma a través de la imposición de una pena frente a hechos delictivos cotidianos cometidos por los que no son considerados como enemigos, es decir, delitos que no representan un riesgo para la sociedad organizada, pues se considera que puede ser reparado el daño ocasionado. Ahora bien, existen situaciones en las cuales los individuos atentan gravemente contra los bienes jurídicos tutelados y no prestan garantía de fiel cumplimiento al ordenamiento jurídico, provocando que se categorice como “no persona” al transgresor.



Jakobs (1996) señala que:

La pena no repara bienes, sino confirma la identidad normativa de la sociedad. Por ello, el Derecho penal no puede reaccionar frente a un hecho en cuanto lesión de un bien jurídico, sino sólo frente a un hecho en cuanto quebrantamiento de la norma. Un quebrantamiento de la norma, a su vez, no es un suceso natural entre seres humanos, sino un proceso de comunicación, de expresión de sentido entre personas. (pág. 11)

Jakobs, al indicar que las penas reguladas en el derecho penal deben confirmar la identidad normativa, justifica uno de los elementos característicos de su doctrina, la desproporcionalidad de las penas, pues se pretende brindar una respuesta a la sociedad y que se recupere el orden social transgredido por alguien catalogado como el “enemigo”.

Ordoñez Nájera (2016) manifiesta:

Que el derecho penal del enemigo se puede identificar en aquellas normas que un ordenamiento jurídico ha sancionado para castigar actos previos a que un hecho delictivo sea cometido. Dándose de esta forma la anticipación de los márgenes de punición que, según un derecho penal moderno de acto, debe perseguirse hasta que alguien haya llevado a cabo los actos que atentan y desvalorizan un bien jurídico tutelado, encajando estos actos en el tipo penal previsto. (pág. 186)

El derecho penal del enemigo tiene una postura para considerar, debido a que parte de un amplio adelantamiento de la punibilidad, tomando como punto de referencia el hecho futuro que puede llegar a suceder, en lugar del hecho delictivo como tal. La misma ha sido “fuente de legitimación” para la maximización del derecho penal, justificando así, todo tipo de medidas preventivas en aras de impedir que se produzcan los actos delictivos; o bien, si ya estos se han producido, castigar a las personas que incurran en la comisión de dichos ilícitos.



Rivera Loaiza (2010) manifiesta:

En derecho penal internacional, según Jakobs, la pena no tendría como fin garantizar o mantener un orden, pues este no existiría, sino establecer las bases para su creación. Habría que actuar para garantizar que los individuos peligrosos, quienes actúan en el estado de naturaleza, sean custodiados y pueda avanzarse en la configuración de un pacto social que, mediante instituciones propias de un Estado de derecho, asegure las condiciones de libertad y seguridad para los ciudadanos. (pág. 505)

Con el objeto de regular una convivencia pacífica y justa en la sociedad humana y proteger el pacto social, al cual se han sometido los ciudadanos, se implementan medidas adecuadas que busquen garantizar la seguridad cognitiva de los sujetos respetuosos de las normas. Para ello, se busca en principio neutralizar los peligros que pudieren llegar a acontecer, como mecanismo de prevención.

Moreno, Ruiz, Sevilla, & Romano (2010) afirman:

La visión del que demuestra con sus hechos que no es capaz de regirse por el derecho como un individuo, por ello mismo, tiene que ser expulsado de la sociedad, aparece constantemente en la filosofía ética y política premoderna y moderna, pero aquí ya con un mayor desarrollo que parece anticipar los actuales fundamentos teóricos que proponen por los partidarios del derecho penal del enemigo. En particular se trata de la idea de que el delincuente, o por lo menos determinados delincuentes, no tienen el *status* de ciudadano o la condición de *persona*, y, por ello, no son acreedores de que el ordenamiento jurídico defienda sus intereses. (pág. 263)

Desde mucho antes que Jakobs diera a conocer su doctrina, es notable que ya se buscaba dar un trato diferente a aquellas personas que atentaran contra el denominado pacto social al cual se habían sometido. En el momento de existir una infracción de la norma, en la postura del jurista alemán, al sujeto se le etiqueta como “no persona”, perdiendo su calidad de ciudadano y, por ende, sus derechos, en



virtud que debe dejarse al margen, a aquellos individuos que no demuestran fidelidad del cumplimiento de la ley.

Con lo anterior, puede establecerse que lo característico del enemigo es el abandono duradero del derecho y la ausencia mínima de la seguridad cognitiva en su conducta.

El tránsito del ciudadano al enemigo se iría produciendo mediante la reincidencia, la habitualidad, la profesionalidad delictiva y, finalmente, la integración en organizaciones delictivas estructuradas. Y en este tránsito, más allá del significado de cada hecho delictivo concreto, se manifestaría una dimensión fáctica de peligrosidad. (Sánchez, 2001, p. 164)

El derecho penal del enemigo, en esencia, busca ejercer un mecanismo de defensa, en contra de los individuos que representan un peligro para la sociedad. Para determinar, quiénes entran en la categoría de “enemigos” o están en proceso de convertirse en ella, se identifican una serie de características, con el objeto de establecer el trato que se les dará dentro de la comunidad.

Es necesario mencionar que, Jakobs basó su tesis en dos penalistas alemanes, declarados seguidores kantianos: Grolman y Feuerbach, quienes disentían acerca de si la pena debiese ir orientada a la culpabilidad del delincuente o a la peligrosidad. El primero, reflexionaba acerca que la pena debía ir orientada a la peligrosidad del que delinque para poder prever que ese delincuente pudiera reincidir, mientras que el segundo, creía que el hecho que el individuo estuviese sujeto por su voluntad a vivir en una sociedad civil, lo disuadiría de delinquir debido a que existiría una fuerza policial que prevendría esos males que pudieren causar los delincuentes. (Ordoñez Nájera, 2016)

Con relación a la postura de los seguidores kantianos, puede determinarse que el jurista alemán, efectivamente, fundó parte de su teoría en lo argumentado, por ellos, en principio, porque su doctrina principalmente propugna el establecimiento de



penas drásticas y desproporcionadas, para aquellas personas que atenten contra la legitimidad del ordenamiento jurídico o demuestren la posibilidad de cometer un hecho delictivo a futuro. Asimismo, implementa una especie de estado policía, en el cual, el Estado para mantener un estricto control de la sociedad, restringe a los sujetos infractores de garantías mínimas.

La doctrina del derecho penal del enemigo se cimienta en la teoría de la prevención general, la cual puede ajustarse a cualquier tipo de sociedad y para la protección de cualquier tipo de normas. Esto se debe a que el derecho penal, según Jakobs, no se ocupa en primer lugar de la defensa del bien jurídico, sino que se encarga de actualizar la norma como un acto de comunicación, justificando la pena. (Manzanares & Tébar, 2014)

En el desarrollo de su teoría, se promueve la prevención de los hechos delictivos, antes que estos ocurran. La importancia de prevenir radica en que el Estado se anticipe a la posibilidad de una conducta criminal, disponiendo de los medios necesarios para evitarla.

Es inevitable negar la existencia del derecho penal del enemigo, lo que se cuestiona es si este es o no compatible con el sistema del Estado de derecho y el reconocimiento y respeto de los derechos fundamentales, es decir, la discusión fundamental versa sobre la legitimidad de este. (Romero, De la Cruz, & Batalla, 2019)

Esta teoría ha sido objeto de discusión, en principio, porque propone catalogar al individuo que delinque, como una “no persona”, despojándolo de su calidad de ciudadano. En este sentido, esta distinción provoca una violación a la dignidad del sujeto y atenta contra un verdadero Estado de derecho, pues no se respetan y garantizan los derechos fundamentales de la ciudadanía.



Martin (2005) indica en palabras de Jakobs:

Los diferentes ciudadanos que han cometido un hecho delictivo son los enemigos. Estos son individuos que, en su actitud, en su vida económica o mediante su incorporación a una organización, se han apartado del derecho presumiblemente de un modo duradero y no sólo de manera incidental. El tránsito de su calidad del ciudadano al enemigo se iría produciendo mediante la reincidencia, la habitualidad, la profesionalidad delictiva, y finalmente, la integración en organizaciones delictivas estructuradas y en ese tránsito, más allá del significado de cada hecho delictivo concreto, se manifestaría una dimensión de peligrosidad a la que hacer frente. (pág. 5)

La doctrina objeto de estudio, parte de la idea que, un hecho criminal que ocasione gran impacto social debe ser sancionado de forma efectiva. Es por ello que, se deben establecer herramientas destinadas a combatir a cualquier individuo que se organice para delinquir, pues constituye un flagelo para la sociedad. A dichas personas se les categoriza como enemigos, debido a que sus características personales denotan alto índice de peligrosidad que deben prevenirse.

A criterio de Silva Sánchez (2001) en el derecho penal existen:

Una primera velocidad, representada por el derecho penal «de la cárcel», en el que habrían de mantenerse rígidamente los principios político-criminales clásicos, las reglas de imputación y los principios procesales; y una segunda velocidad, para los casos en que, por no tratarse ya de la cárcel, sino de penas de privación de derechos o pecuniarias, aquellos principios y reglas podrían experimentar una flexibilización proporcionada a la menor intensidad de la sanción. La pregunta que hay que plantear, en fin, es la de si puede admitirse una «tercera velocidad» del Derecho penal, en la que el Derecho penal de la cárcel concorra con una amplia relativización de garantías político-criminales, reglas de imputación y criterios procesales. (pág. 163)





Para el autor en mención, a la doctrina del derecho penal del enemigo, se le podría considerar como una tercera velocidad, en virtud que existen una serie de etapas que se suscitan para llegar a la flexibilización de principios político-criminales de aquellas personas que atentan con el régimen jurídico. En primer término, la primera velocidad se representa por un proceso penal, al cual le son aplicables principios inherentes a él, que buscan la protección de un bien jurídico tutelado; posteriormente, en una segunda velocidad, en la que se encuentran los hechos penados con sanciones pecuniarias, pues son ilícitos de menor gravedad y finalmente, se llega al proceso de restricción, con tendencia expansiva, como respuesta a los fenómenos criminales.

La doctrina promueve que la pena sea orientada a la peligrosidad del que delinque, para poder prever que esa persona no pueda reincidir. Sin embargo, no debe dejarse de lado que, constitucionalmente en el ordenamiento jurídico penal, se establece que debe atenderse a fines de readaptación y reeducación.

El pilar fundamental del derecho penal del enemigo es la seguridad cognitiva, por lo que, esta teoría persigue que el Estado como garante de esta, busque mecanismos efectivos que coadyuven a la prevención del delito. Además, resulta conveniente indicar que Jakobs, en el momento de formular su teoría, tomó en cuenta los postulados establecidos por la escuela positiva, los cuales vulneran el principio del acto, que excluye la responsabilidad penal por simples presunciones.

Ahora bien, en este punto, es importante realizar una distinción, principalmente en la doctrina del derecho penal de autor, en la que se propugna que la punibilidad se vincule a la personalidad del individuo, mientras que la teoría del derecho penal del enemigo se fundamenta en la peligrosidad de la persona que delinque. Sin embargo, hay que indicar que, dentro del positivismo criminológico, con el tiempo se fueron tomando en cuenta las características personales del sujeto, a manera de prevenir hechos futuros, es decir, que en un futuro esta peculiaridad no fuera a representar un peligro para la sociedad.



Mizrahi (2012) sostiene:

El derecho penal del enemigo surge ante la necesidad de brindar a los ciudadanos una cierta garantía cognitiva respecto de la validez del derecho a un Estado que comienza a ser percibido como crecientemente vulnerable. Como es sencillo constatar, a la gran mayoría de los ciudadanos no les basta para sentirse seguros con saber que determinadas acciones están penadas por ley, sino que además, requieren contar con alguna certeza respecto la improbabilidad de su ocurrencia. (pág. 32)

La garantía cognitiva, consiste en que el individuo preste fiel cumplimiento de la norma, orientándose con base al derecho, de lo contrario representa un peligro para la sociedad. Por lo que, esta teoría justifica la intervención pronta de dichos sujetos, pues no es necesario esperar a que el ciudadano exteriorice su conducta para poder reaccionar en contra de él, sino que se actúa en una fase previa a la comisión del hecho delictivo, como mecanismo de prevención.

## **2.5 Argumentos a favor y en contra del derecho penal del enemigo**

### **2.5.1 Argumentos a favor**

A lo largo de la historia, han existido referencias en las obras de distintos filósofos sobre la legitimación de un derecho penal de excepción, como contraparte al derecho penal de los ciudadanos, teniendo como punto de partida un contrato como base del Estado y el delito como una infracción a dicho pacto, que provoca como consecuencia la exclusión de dicha relación jurídica.

En principio, a determinados delincuentes se les reconocía como “enemigos”, y se les negaba la condición de personas morales o de ciudadanos. Rousseau, citado por Moreno, indicaba que:

Todo malhechor, al atacar el derecho social, se convierte por sus delitos en rebelde y traidor a la patria; deja de ser miembro de ella al violar sus leyes, y hasta le hace la guerra. Entonces, la conservación del Estado es incompatible



## 2.4 Finalidad

El derecho penal del enemigo, según Romero Garibay, De la Cruz Díaz & Batalla Bustos (2019) “optimiza la protección de bienes jurídicos, donde el Estado no dialoga con los ciudadanos para mantener la vigencia de la norma, sino que combate a sus enemigos, erradicando peligros”. (pág. 60)

El Estado, tiene derecho a procurarse seguridad frente a individuos que reinciden persistentemente en la comisión de delitos. Dicha doctrina, se aplica con el fin de ser un derecho restaurativo, de modo que se apliquen penas severas, con el objeto de dar una respuesta a la sociedad y a su vez, se recupere el orden social y la armonía. Incluso, se sancionan conductas previsibles, aún desde antes de cometerse el delito, con el justificativo de evitar que al consumarse estos, se ocasione un daño irreparable en algún bien jurídico tutelado.

Una figura procesal que es inspirada en esta doctrina, es la custodia de seguridad, “que no es una pena, en tanto una medida de seguridad y corrección que constituye: una reacción legal frente al delito, puesto que su única finalidad es la prevención de ulteriores delitos por parte del custodiado”. (Jakobs, Navarrete, & Polaino-Ortr, 2011, pág. 26)

Como parte de garantizar el derecho de seguridad que, constitucionalmente les asiste a los ciudadanos que conforman a la comunidad, el Estado se apoya de la política criminal, a través de la implementación de medidas de control social para que sean ejecutadas y, de esta forma prevengan que los individuos cometan conductas arbitrarias al ordenamiento jurídico. Debido a que la finalidad del derecho penal del enemigo es la prevención del riesgo ante los efectos futuros que puedan dañar los bienes jurídicos tutelados, se hace uso de medidas de seguridad.



con la suya; es preciso que uno de los dos perezca, y cuando se da muerte al culpable, es menos como ciudadano que como enemigo. Los procedimientos, el juicio, son las pruebas y la declaración de que ha roto el pacto social y, por consiguiente, de que ya no es miembro del Estado. Ahora bien, como él se ha reconocido como tal, al menos por su residencia, debe ser de aquél mediante el destierro, como infractor del pacto, o mediante la muerte, como enemigo público; porque un enemigo así no es una persona moral, es un hombre, y entonces el derecho de guerra consiste en matar al vencido. (Moreno, Ruiz, Sevilla, & Romano, 2010, pág. 265)

Para Rousseau, por medio del contrato se constituye un todo social (sociedad), pues en él, ninguna persona tiene autoridad sobre sus semejantes, se busca la protección de los individuos para garantizar el bien común. La ley surge como garante de la voluntad general y de la igualdad de las personas, por lo que, cualquier contravención al pacto, al cual se han sometido los sujetos, provoca severas consecuencias para el infractor.

Jakobs & Meliá (2006) citando a Fichte refieren:

Quien abandona el contrato ciudadano en un punto en el que en el contrato se contaba con su prudencia, sea de modo voluntario o por imprevisión en sentido estricto pierde todos sus derechos como ciudadano y como ser humano, y pasa a un estado de ausencia completa de derechos. (p. 28)

Para Fichte, la legitimidad de un contrato ciudadano radica en su cumplimiento efectivo, por lo que, no puede concebirse la contravención de este. En este sentido, cualquier sujeto transgresor debe perder su calidad de ciudadano y perder los derechos que le asisten.

Fichte colige que este pacto:

Era uno de simple abstención, era un pacto de no agresión entre los ciudadanos; de esto se advierte que el contrato de protección era un pacto



más fuerte que el contrato social, pues el compromiso de proteger los derechos no era solamente entre los ciudadanos, sino del Estado frente a éstos. (Romero, De la Cruz, & Batalla, 2019, p. 25)

El hecho de adherirse a un contrato social, implica que se garantice el bien común entre los sujetos que conforman una sociedad. De esa forma, el hombre que transgrede los acuerdos a los que se sometió voluntariamente para vivir en sociedad, se ve despojado de su calidad de ciudadano y solo se coloca en una condición de transgresor.

Kant por su parte, describe de forma muy precisa la situación del enemigo en estado de naturaleza:

Mientras en estado civil-jurídico, el individuo brinda la seguridad necesaria, en mero estado de naturaleza, no ofrece ninguna garantía; cuando se refiere al sujeto que en estado de naturaleza me priva de la seguridad necesaria, alude Kant precisamente al peligro al que el mismo Jakobs se refiere cuando habla del derecho penal del enemigo. En palabras del propio Jakobs: El estado de naturaleza es precisamente un estado de ausencia de normas y, por tanto, tanto de una libertad excesiva como de una excesiva confrontación. (Pérez, 2008, p. 5)

Un estado de naturaleza es concebido como la situación de los individuos que actúan con libertad absoluta de obrar, y que aún no han decidido someterse al cumplimiento de un pacto social. Por lo que, a estos no puede brindárseles garantías mínimas como a un ciudadano, que se ha sometido al cumplimiento de un régimen jurídico, pues representan un riesgo para la comunidad.

Kant (1998) ha afirmado que:

El estado de paz entre hombres que viven juntos no es un estado de naturaleza (*status naturalis*), que es más bien un estado de guerra, es decir, un estado en el que, si bien las hostilidades no se han declarado, sí existe



una constante amenaza. El estado de paz debe, por tanto, ser instaurado, pues la omisión de hostilidades no es todavía garantía de paz y si un vecino no da seguridad a otro (lo que sólo puede suceder en un estado legal), cada uno puede considerar como enemigo a quien le haya exigido esa seguridad. (pág. 14)

El hecho de no encontrarse sometido a un contrato ciudadano, donde se proteja a sus asociados y se garantice el bien común, implica un estado de naturaleza que representa un riesgo para la sociedad, pues los individuos viven con absoluta libertad, en consecuencia, no se encuentra regidos por normas de convivencia, que ofrezcan una garantía de paz. Hobbes contempla un derecho penal del enemigo en el mismo sentido de la discusión moderna, es decir, sobre las propias bases del contrato social.

El derecho penal del enemigo se justifica como una necesidad de defensa legítima de individuos que están asociados en el contrato y que temen a otros individuos que no han asumido o que no son parte del contrato. Para Hobbes, el derecho penal del enemigo se aplica en primer lugar como guerra, y, segundo, una vez alcanzado un acuerdo o aplicadas las medidas de seguridad, se aplica el derecho, en donde los enemigos, necesariamente, son tratados como personas, es decir, con derechos y garantías. (Parra, 2006, pág. 165)

En un estado de naturaleza prevalece la ley del más fuerte. Para Hobbes, los individuos a través del contrato pasan a un estado civil, debiendo el Estado velar por la seguridad de los hombres. Con relación a ello, el derecho penal del enemigo, pretende que exista la garantía de respeto ineludible a dicho pacto.

De esto se desprende que, desde épocas anteriores al planteamiento de Jakobs, se ha pretendido categorizar a los infractores de las normas como enemigos de la sociedad, además, se les ha etiquetado como portadores del peligro, pues irrumpen



con el régimen normal de una comunidad organizada, provocando un Estado policía.

### 2.5.2 Argumentos en contra

Así como existen autores cuyas ponencias señalan a los infractores de las normas como “enemigos”, existen diversos detractores que no concuerdan con los postulados de la teoría de Jakobs, principalmente porque se busca que, a los delincuentes peligrosos, que atentan contra el bienestar social, se les trate como “no personas” y, consecuentemente, se les despoje de su calidad de ciudadanos.

En la medida en que la doctrina penal legitime o ignore, con el nombre que sea, el trato diferencial de los enemigos o extraños, está lesionando el Estado de derecho concreto, real o histórico y, al mismo tiempo, está invalidando el principio rector del estado de derecho, porque toda racionalización doctrinaria en ese sentido, importa una quiebra del instrumento orientador de la función política del derecho penal. (Zaffaroni, 2006, p.150)

En principio, un Estado de derecho no admite la restricción de garantías mínimas, pues uno de sus pilares fundamentales, es la protección de los derechos humanos de los individuos que conforman una sociedad. La distinción entre ciudadano y enemigo dirige a una idea de “guerra”, pues postula intimidación y una especie de venganza en contra de los sujetos que transgreden y atentan contra el ordenamiento jurídico, con el objeto de lograr una limpieza social.

Romero, De la Cruz, & Batalla (2019) indican que:

Melía sostiene con ahínco que el derecho del enemigo supone una reacción internamente disfuncional, en cuanto a la función de la pena, pues ignora que la percepción social de los riesgos no guarda relación con su dimensión, es decir, en la percepción acerca de los enemigos (llámense terroristas o narcotraficantes, etcétera) no se deduce que alguno pueda seriamente poner



en riesgos los fundamentos de la sociedad. (...) Por ello cabe afirmar que el derecho penal del enemigo es disfuncional porque reconoce la competencia normativa del infractor, en vez de negársela; la demonización de los autores es lo que precisamente da resonancia a sus hechos. (pág. 34)

En la doctrina del derecho penal del enemigo, se promueve la aplicación de penas excepcionales, que restringen la libertad de la persona por atentar contra el ordenamiento jurídico, cuestión contraria a la teoría retributiva de la pena. El hecho de juzgar a una persona por sus cualidades personales, sin haberse ocasionado un acto concreto, configura un derecho penal de autor, que no permite que se sancione por el hecho en sí. El término “peligrosismo”, al cual alude Jakobs, representa un derecho penal policial que pretende reprimir a cualquier delincuente.

Al respecto, Zaffaroni (2006) ha establecido lo siguiente:

Muchas veces lo que se está discutiendo, es si se pueden disminuir los derechos de los ciudadanos para individualizar a los enemigos. Esta sería la forma concreta y real de formular la pregunta, teniendo en cuenta el desplazamiento que inevitablemente se opera en el poder punitivo cada vez que se lo habilita. Si se legitima esa lesión a los derechos de todos los ciudadanos, se concede al poder la facultad de establecer hasta qué medida será necesario limitar los derechos para ejercer un poder que está en sus propias manos. De ese modo, el Estado de derecho habría sido abolido. (pág. 188)

De acuerdo con Zaffaroni, se hace inviable la incorporación del concepto “enemigo o extraño” en un verdadero Estado de derecho, puesto que, esto provocaría un derecho absoluto y totalitario abandono de las garantías que regula el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y una desnaturalización del derecho penal.

En el caso de Guatemala, la teoría del derecho penal del enemigo, se contrapone al ordenamiento jurídico-penal, puesto que, este se fundamenta en la Constitución





Política de la República, la que es humanista y personalista, ya que se fundamenta en el principio de protección a la persona humana individual. En segundo plano, protege a la persona como integrante de una familia y finaliza protegiendo a la persona humana como miembro de un conglomerado social, por lo que la teoría de Jakobs, al negar el carácter de no personas a los individuos que infringen la norma, desnaturaliza el derecho penal y lo convierte en un simple ejercicio de coacción y de fuerza.

En la doctrina del derecho penal del enemigo, la negación jurídica de la condición de persona a enemigo es una característica del trato penal diferenciado de este. El concepto mismo del enemigo introduce la dinámica de la guerra en el estado de derecho como una excepción, lo cual conlleva necesariamente al estado absoluto, porque el único criterio objetivo para medir la peligrosidad y dañosidad del infractor no es otro que dichos factores en forma real y concreta de sus propios actos y de sus delitos, por lo que, debe ser juzgado y, en su caso, condenado conforme a derecho. (Zaffaroni E. R., 2006, p. 14)

De esa forma, se ataca al individuo por el hecho de su peligrosidad, desposeyéndolo de sus derechos como persona, tratando de eliminarlo de la sociedad, por la transgresión del pacto social al cual se encontraba obligado. En cambio, al ciudadano, que no tiene la calidad de infractor, se le reconocen sus derechos fundamentales. Lo que se pretende es que, exista una eliminación de un sujeto peligroso, que, por su condición, amerita ser tratado como "no persona", suprimiendo sus derechos o garantías fundamentales.

En relación con la doctrina del derecho penal del enemigo, Ferrajoli (2007) expone lo siguiente:

En él, la predeterminación legal y la averiguación judicial del hecho punible ceden el puesto a la identificación del enemigo, que inevitablemente, al no estar medida por la prueba de actos específicos de enemistad, se resuelve en la identificación, la captura y la condena de los sospechosos. En efecto,



el enemigo debe ser castigado por lo que es y no por lo que hace. El presupuesto de la pena no es la realización de un delito, sino una cualidad personal determinada en cada ocasión con criterios puramente potestativos como los de “sospechoso” o “peligroso”. (pág. 13)

En esta doctrina, predomina como mecanismo de prevención, la sanción de hechos que aún no se han realizado, por eso se condena a los individuos que representen un alto índice de peligrosidad. De igual forma, la pena no es aplicada con base al ilícito cometido. Al condenar por factores de peligrosidad que un individuo representa, se genera un derecho penal de autor y un Estado policía.

La concepción del terrorista, del delincuente como enemigo, según Ferrajoli (2007) “tiene aptitud bastante para arrollar todas las garantías del derecho penal, desde el principio de legalidad al de culpabilidad, desde la presunción de inocencia hasta la carga de la prueba y los derechos de defensa”. (pág. 7)

Jakobs parte de la idea, que los terroristas representan un riesgo para la sociedad, por eso surge una creciente necesidad, que el derecho penal intervenga aún cuando todavía no exista un acto en concreto, como mecanismo de prevención. Se propugna garantizar la seguridad de los habitantes de una comunidad organizada.

Con relación a los postulados de la teoría del derecho penal de enemigo, Romero, De la Cruz & Batalla (2019) afirman:

Una práctica legislativa que adelante barreras de punibilidad, que establezca penas más severas, para luego relajar o incluso suprimir determinadas garantías procesales, es imposible legitimarla como una manifestación propia de un derecho penal, respetuoso de las garantías y derechos esenciales, dentro de los parámetros de un Estado de derecho. Al restar legitimidad al derecho penal del enemigo, se asume una posición crítica, justificada por enfocarse en un área de violación a derechos humanos y garantías fundamentales (...). (pág. 35 y 36)



La concepción de Estado de derecho implica el sometimiento a un conjunto de normas que regulan la convivencia pacífica y justa de una sociedad, las cuales son conocidas de antemano por los ciudadanos y permiten prever de qué forma la autoridad podrá usar sus poderes coercitivos. Este término, se contrapone a un Estado totalitario, pues tiene como finalidad principal, implementar mecanismos diseñados para orientar, poner límites, dirigir a la administración pública para que se reconozcan, respeten y garanticen los derechos fundamentales de los individuos.

De acuerdo con Aponte, “el derecho penal del enemigo se hace proclive a la desinstitucionalización de la reacción penal, al tiempo que se torna en un sistema fundado en la exclusión”. (Cote, 2008, p. 93)

Con el objeto de preservar el orden social, generalmente, el legislador produce normas destinadas a combatir a los individuos que atentan contra el régimen jurídico y que no ofrezcan una garantía de seguridad para la comunidad.

El derecho penal del enemigo parte de la excepcionalidad en cuanto a los sujetos a quienes se orienta. En palabras de Romero, De la Cruz & Batalla (2019):

Puede ser definido como un conjunto de normas de carácter especial, apartadas del derecho tradicional garantista, poniendo énfasis en la actitud del sujeto, que se caracteriza principalmente por una excesiva peligrosidad, por la reincidencia de sus conductas, y por su pertenencia a una organización criminal permanente (...). (pág. 46)

En consecuencia, esta doctrina parte de la excepcionalidad, pues coloca a los individuos transgresores de la norma o a los que representan altos índices de peligrosidad, al margen de la sociedad, pues, según Jakobs, el Estado no debe tratarlos como personas, por no prestar fidelidad al ordenamiento jurídico y representar un peligro.



De esa cuenta, la teoría objeto de estudio, es considerada por diversos autores muy drástica en sus postulados por considerar al sujeto que infringe la norma como “no persona” y “enemigo”, lo cual, en el caso de Guatemala, atenta contra el respeto a la dignidad humana, garantizado en la Constitución Política de la República y en la normativa internacional ratificada por Guatemala, desnaturaliza el derecho penal, convirtiéndose en un simple ejercicio de coacción. Sin embargo, a consideración de la postulante, si la misma es aplicada de forma restrictiva, podría resultar beneficiosa para un Estado de derecho en el que se busca el combate de la delincuencia, garantizando siempre el respeto a los derechos humanos de los individuos.

Tal como se aprecia en el desarrollo de este capítulo, la teoría de Jakobs se encuentra influenciada por el derecho penal de autor, vinculando la pena a la peligrosidad del autor, pues de esta forma se evita que el individuo represente un riesgo para la sociedad. Se configura como una reacción ante las amenazas al grupo social, es por ello que, dicha doctrina se identifica en aquellas normas que sancionan actos previos, adelantando los márgenes de punibilidad.





## CAPÍTULO III

### CONTEXTUALIZACIÓN DEL DERECHO PENAL GUATEMALTECO

El derecho penal del enemigo es un instrumento utilizado para adelantar la punibilidad o criminalizar el estado, previo a la lesión de un bien jurídico. Además, promueve que, la pena a aplicar no se fundamente en el hecho delictivo en concreto sino, en valoraciones sobre peligrosidad del individuo considerado como “enemigo”.

Partiendo de estas ideas, resulta imprescindible poner en contexto al lector sobre la situación actual del ordenamiento jurídico-penal, pues solo de esa manera será posible identificar los vestigios del derecho penal del enemigo en la legislación penal guatemalteca.

Por tanto, en este capítulo se partirá de la descripción de los principios jurídicos sobre los que se sustenta la Constitución Política de la República de Guatemala y se hará una breve descripción de los distintos códigos penales que han regido al país. Asimismo, se resaltarán la inclusión de las medidas de seguridad y la regulación de los factores de reincidencia, habitualidad y peligrosidad, que se han incluido con el tiempo en el Código Penal y en las leyes penales especiales.

#### 3.1 La Constitución Política de la República de Guatemala de 1985

El constitucionalismo “ha procurado organizar al Estado en defensa de las libertades y los derechos del hombre”. (Villalta, 2003, p. 19)

El término es concebido como un movimiento político que se caracteriza por propugnar la supremacía de la Constitución, dejando a un lado las arbitrariedades y fomentando el respeto a los derechos inherentes de las personas.



En Guatemala, el 31 de mayo de 1985, se promulgó una constitución, la cual se desarrolla en 281 artículos y 22 disposiciones transitorias y finales. Esta constitución “vigorizó el valor fundamental de los derechos humanos y proveyó su tutela específica tanto interna como internacional”. (Pereira-Orozco & Richter, 2011, p. 197)

Algo característico de la constitución actual es, el hecho que desarrolla un catálogo de derechos individuales y sociales, asimismo, regula una especie de clausula abierta, donde se admite el reconocimiento de todos aquellos derechos que, aunque no estén regulados en esta, son inherentes a la persona humana. Además, este texto supremo protege el reconocimiento de la dignidad humana como su fundamento, pues el mismo 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 podría resumir en respetar la dignidad del ser humano, evitado en todo lo posible el abuso arbitrario del poder estatal”. (Villalta, 2003, p. 50)

De lo anterior, se resume que, la Constitución Política de la República de Guatemala es humanista y personalista por la búsqueda de la protección de la persona humana como individuo, por lo que, dentro de su contenido se destaca lo relativo a los derechos humanos, los cuales se conceptualizan como facultades inherentes a la persona por el solo hecho de serlo. Al puntualizar en dicho asunto, debe indicarse que, en ningún momento, podría categorizarse a una persona que delinque como “no persona”, pues se incurriría en una violación.

En el contenido de la Ley Fundamental se enfatiza la regulación de un sistema penitenciario, que tienda a un carácter rehabilitador y de reinserción social, con el objeto de que el reo pueda retornar a la sociedad, con una nueva concepción de respeto a las normas jurídicas. En ese sentido, es imperativo que se establezcan mecanismos viables que promuevan estos fines, pues de nada sirve que una persona sea condenada por un delito, si en el momento de cumplir su condena vuelve a delinquir, convirtiéndose en un reincidente.



Guatemala ha ido formando su Estado de derecho a lo largo de la historia, pero comienza a instaurarse durante el conflicto armado interno y se extiende hacia la firma de los Acuerdo de Paz Firme y Duradera. La construcción ha sido gradual, en virtud de las reivindicaciones de determinados sectores sociales que buscaban protección de las libertades fundamentales y certeza jurídica, frente a los poderes absolutistas de la época.

### **3.1.1 Principios constitucionales que fundamentan el derecho penal guatemalteco**

La Constitución Política de la República de Guatemala, contiene lo esencial de los tratados suscritos por Guatemala en materia de derecho humanos. Todos los tratados internacionales sobre derechos humanos son aplicables en el derecho penal guatemalteco y tienen preeminencia sobre el derecho interno, por lo que, el juez, al resolver sobre la culpabilidad o inocencia de un individuo, debe apoyarse en ellos, pues esto configurará no solo un control de constitucionalidad, sino también, un control de convencionalidad.

El Estado de Guatemala ha asumido compromisos internacionales, para que a sus habitantes le sean protegidos sus derechos humanos, para ello, la Constitución Política de la República de Guatemala, como norma suprema y orientadora del ordenamiento jurídico, regula una serie de principios básicos que deben ser garantizados dentro de un proceso penal, los cuales se irán explicando brevemente para determinar los pilares fundamentales propios de un derecho penal de acto.

#### **a. Principio de legalidad**

Bacigalupo (1998) indica que:

La ley penal tiene una función decisiva en la garantía de la libertad. Esa función suele expresarse en la máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege*.





Esto quiere decir que sin una ley que lo haya declarado previamente punible, ningún hecho puede merecer una pena del derecho penal. (pág. 55)

Este pilar fundamental, brinda seguridad jurídica, puesto que, regula la aplicación de las leyes penales únicamente sobre aquellas acciones u omisiones que la propia ley califique como delitos o faltas. Lo cual constituye la base fundamental de un derecho penal de acto, que juzga los hechos delictivos regulados en la norma, incurridos por los individuos. Es por ello que, resulta inviable la aplicación de una sanción incierta basada en meras presunciones.

Uriza Razo (2005) sostiene que:

A consecuencia del principio de legalidad, el poder punitivo del Estado tendrá su vigencia cuando se realicen o lleven a cabo aquellas conductas que, siguiendo el procedimiento de formación de la ley, han sido señaladas como prohibidas y, como consecuencia de ello, se les ha señalado en forma clara y precisa una pena. Obviamente a partir de tal cambio de paradigma, se genera el principio de seguridad jurídica, por cuanto los ciudadanos conocen y saben a qué atenerse, bajo dos posibilidades: no realizar la conducta señalada como prohibida o realizarla y atenerse a las consecuencias de su desobediencia". (pág. 23)

En un Estado de derecho, los principios de legalidad e irretroactividad deben presidir la actuación de todos los órganos del Estado. Por lo que, no solo es necesaria una disposición legal anterior que regule tipos penales, sino que también, la pena que se imponga al infractor se encuentre establecida y vigente.

El principio de legalidad es un bastión fundamental para restringir la actividad punitiva del Estado, su fundamento constitucional se encuentra en el artículo 17 y en los siguientes instrumentos internacionales: Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 11, numeral 2); el Pacto Internacional de



Derechos Civiles y Políticos, artículo 15, numeral 1) y; en el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

#### **b. Principio de debido proceso**

Este principio promueve que se juzgue a las personas por procedimientos y tribunales previamente establecidos y que se garanticen sus derechos mínimos, como el ser juzgado por autoridad competente, independiente e imparcial, por juez natural, que haya comunicación previa y detallada de la acusación formulada; que se dé la concesión del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de la defensa; derecho de defenderse personalmente o ser asistido por defensor de confianza o designado por el Estado; derecho a interrogar a los testigos presentes; derecho a la segunda instancia; entre otros.

Dicho principio se encuentra plasmado en el artículo 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala, y regula: “Ninguna persona podrá ser condenada, ni privada de sus derechos, sin haber sido citada, oída y vencida en proceso legal ante juez o tribunal competente y preestablecido”. (1993)

Este cumple dentro del sistema de garantías un rol esencial, por una parte, actúa como una garantía más, y por otra, es la principal vía para asegurar la efectiva vigencia del resto de las garantías procesales. Además, este pilar fundamental se encuentra íntimamente ligado a una tutela judicial efectiva, puesto que, a través de un debido proceso se logra su culminación con la emisión de una decisión judicial que determine la culpabilidad o inocencia en la comisión de un hecho delictivo.

Se encuentra protegido en los siguientes instrumentos internacionales en materia de derechos humanos: la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 11; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14, numeral 2) inciso b) y d) y; la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 8 incisos c), d), e), y f).



### **c. El principio de presunción de inocencia**

Con respecto al principio de presunción de inocencia, Claria Olmedo (1967) declara: El estado de inocencia es un fuerte baluarte para la garantía de libertad individual, fundamentando la regla de incoercibilidad del imputado, la oficialidad en la producción en las pruebas y todos los corolarios de ambos. Y que el principio de presunción de inocencia se ha formulado positiva o negativamente como tal, pero predominantemente colocando siempre a todo habitante en situación de no culpabilidad mientras una sentencia firme así lo declare. (pág. 125)

La presunción de inocencia es una garantía fundamental de toda persona, puesto que, según el artículo 14 de la Constitución: “toda persona es inocente, mientras no se le hay declarado responsable judicialmente, en sentencia debidamente ejecutoriada”. (1993)

Este principio se encuentra contenido en los siguientes instrumentos internacionales: la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 11; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14, numeral 2) y; la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 8, numeral 2).

A la luz de este principio, se regula la obligación del Ministerio Público de reunir los elementos probatorios legales, idóneos, pertinentes y necesarios para establecer la participación del sindicado en el delito; por lo que, en el transcurso del proceso penal, al imputado debe considerársele como inocente y el juez debe vigilar y garantizar que se le trate como tal durante todas las fases del proceso, hasta la sentencia definitiva. Siendo esta última, la única resolución que puede cambiar el estado de inocente del individuo.

El principio de presunción de inocencia, impone al Ministerio Público la obligación de realizar una investigación, pues ellos son los que tienen la carga de la prueba. Este principio garantiza la protección de otras facultades inherentes al individuo: la



libertad, la dignidad humana y el honor, que pudiesen vulnerarse por actuaciones penales anómalas, lo cual hace inviable que se trate a los imputados de un hecho delictivo como culpables, hasta que no ocurra un debido proceso que culmine con una sentencia condenatoria.

#### **d. Principio de irretroactividad**

Lascuraí Sánchez (2019) indica que, en principio, las leyes penales, como todas las normas de conducta, solo se aplican a los hechos realizados durante su período de vigencia. No tienen efecto sobre hechos anteriores a su entrada en vigor (retroactividad) y tampoco sobre hechos posteriores a su derogación (ultractividad). En materia penal, no obstante, está la posibilidad de que la ley tenga efecto retroactivo siempre que favorezca al reo.

Este principio constitucional se encuentra regulado en el artículo 15 de la ley suprema, de modo que, la norma penal se aplicará a hechos que se susciten con posterioridad a su vigencia, por lo que, se encuentra íntimamente relacionado al principio de legalidad. Sin embargo, existe excepción en materia penal, siempre que, sea para beneficio del sindicado. Este principio se encuentra establecido en la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 11 literal 2).

Los principios anteriormente aludidos, remarcan que Guatemala es un Estado social y democrático que regula un derecho penal de acto, puesto que, en ningún momento se permite la persecución penal de un individuo que haya delinuido sin tener en cuenta sus garantías mínimas, así como tampoco se le puede categorizar con inferioridad, desconociéndolo como persona. A la persona que delinque, debe tratárselo como tal, por lo que es inadmisibles que se le castigue por lo que es y no por el delito incurrido. De lo contrario, se estaría tomando en cuenta un concepto de peligrosidad, que conlleve a un Estado arbitrario incompatible con el garantismo penal.



### 3.2 Los códigos penales de Guatemala

En tiempos anteriores, el derecho penal aparecía íntimamente ligado a la religión, la moral y las costumbres. La justificación del derecho a castigar, no era un problema que preocupara a los detentadores del poder cuando recurrían a la pena para imponer sus mandatos y prohibiciones. Hoy, por el contrario, se ha de partir de que una conducta solo puede prohibirse con una pena cuando resulta del todo incompatible con los presupuestos de una vida en común pacífica, libre y ciertamente asegurada. (Roxin, Arzt, & Tiedemann, 1989)

El derecho penal ha sido una de las ramas más antiguas del derecho, la misma ha pasado por diversas etapas, desde la venganza privada, en la que se aplicaba la ley del talión, donde la función punitiva era ejercida por los particulares; hasta llegar al derecho actual moderno, regulado como una ciencia destinada a regular al delito, al delincuente, la pena y las medidas de seguridad, bajo la aplicación de principios constitucionales.

En la historia jurídica de Guatemala, se han promulgado cinco códigos penales hasta la fecha: el primero se promulgó en 1834, durante el gobierno de Mariano Gálvez, y estuvo en vigor más de cuarenta años. El segundo se aprobó en 1877, durante el gobierno de Justo Rufino Barrios, el tercero entró en vigor en 1889 en el gobierno de Manuel Lisandro Barillas, rigiendo casi cincuenta años. El cuarto, en 1936, durante el gobierno de Jorge Ubico, estando vigente casi cuarenta años. Y el quinto, el cual entró en vigencia el 1 de enero de 1974, durante el gobierno de Carlos Arana Osorio. (Diez & Giménes-Salinas, 2001, p.78)

Guatemala ha tenido cinco códigos penales que han marcado la historia del derecho penal guatemalteco, cada uno con disposiciones de gran importancia que valen la pena mencionar, por lo que, a continuación, se explican en forma somera.



### 3.2.1 El Código Penal de 1834

Con Mariano Gálvez se inicia una reforma legislativa que llevó a escoger, como modelo, a la legislación elaborada por el jurista y político estadounidense Edward Livingston, para el Estado de Louisiana. Respecto a ello, explica Luján Muñoz (2000): “En el mismo 1831, el Presidente Federal Morazán autorizó, al reunirse el Congreso del Estado de Guatemala, que se procediera a la revisión y adaptación de los códigos de Livingston para la República” (pág. 87). Estas compilaciones han constituido el principal antecedente en la historia del derecho penal guatemalteco. (p.90)

Luján Muñoz (2000) indica que:

Los códigos, los aprobó la Asamblea escalonada y separadamente. Primero fue el Código de Reforma y Disciplina de Prisiones (el 26 de abril de 1834), luego el Código Penal (30 del mismo mes y año); después la Ley Orgánica de la Administración de Justicia por Jurados (27 de agosto de 1835), seguidamente el Código de Procedimiento del Ramo Criminal y el Código de Pruebas Judiciales (...). Esta primera generación liberal vio al sistema de juicios penales por jurados como esencial en la transformación de la sociedad. Según ellos, los juicios tendrían que ser más equitativos que cuando una sola persona dictaba la sentencia, y consideraban que iba en contra del gobierno republicano que el juez determinará tanto los hechos como el derecho. (pág. 92)

Del contenido de estos códigos, debe destacarse que fue utilizado el sistema de jurados para determinar la culpabilidad o inocencia de un sujeto; el establecimiento de una pena que persiguiera la rehabilitación de los reos; así como la regulación de infraestructura adecuada en las cárceles para brindar condiciones humanas a los detenidos. Aunado a ello, se denotaba que, el sistema penal limitaba el poder judicial arbitrario, mostrando rasgos característicos de un derecho penal de acto.



### **3.2.2 El Código Penal de 1877**

El Código Penal de la República de Guatemala del año 1877 comenzó a regir el 15 de septiembre de ese año.

Comprendía 477 artículos, divididos en tres libros: I 'Disposiciones generales sobre los delitos y faltas, las personas responsables y las penas', II 'De los delitos y sus penas', y III 'De las faltas y sus penas'. En el mismo impreso se incluyó el 'Código de Procedimientos en materia criminal', de 151 artículos, en un único libro. (Luján, 2000, p. 102)

Este establecía una serie de penas que podían aplicarse por la comisión de hechos delictivos regulados en dicha normativa, dentro de las cuales resalta el estrañamiento del lugar, consistente en la expulsión de las personas condenadas por la comisión de un hecho delictivo del territorio guatemalteco por un plazo que no debía exceder a cinco años, lo cual no es aplicado en el Código Penal vigente. Dentro del contenido de dicho código, se destaca que la conspiración para cometer un delito debía castigarse como tentativa, lo cual difiere con lo que actualmente se regula en el ordenamiento jurídico guatemalteco, puesto que, se impone la misma pena señalada para el delito que se conspira, independientemente de las penas asignadas a los delitos cometidos.

### **3.2.3 El Código Penal de 1889**

El 15 de febrero de 1889, se promulgó un nuevo Código Penal por Decreto 419, dictado por el presidente de la República, general Manuel Lisandro Barillas. Este código fue aprobado por el Decreto No. 48 de la Asamblea Nacional Legislativa, con fecha 29 de abril de 1889.

En este código el principal avance consistió en la supresión del sistema de penas compuestas para dejarlas fijas a cada delito, sin diversos extremos, para el caso de faltar circunstancias atenuantes o agravantes. Al Código se



agregó un título preliminar que sentó las bases y principios generales de la penalidad; señaló los límites a la acción estatal; marcó las condiciones para que un acto fuera punible como delito o falta; determinó la jurisdicción de los Tribunales y las medidas para que las penas se ejecutaran; explicó la retroactividad de las leyes y el carácter público o privado de la acción penal; y fijó los efectos de los delitos según la nacionalidad de su autor, la apreciación del hecho, y las circunstancias de lugar y personas contra quienes se hubiera cometido. (Móbil, 2012, pág. 279)

En este código se observa el principio de legalidad, al desarrollar qué conductas eran consideradas como delitos y faltas, la retroactividad de las leyes, así como la fijación de penas adecuadas a cada conducta delictiva, dejando de lado las sanciones comprendidas entre escalas diferentes (grado mínimo y máximo). Se destaca también, la regulación de circunstancias que modifican la responsabilidad penal, agravantes y atenuantes.

#### **3.2.4 El Código Penal de 1936**

Este código es mayormente conocido como código del 36, entró en vigor el 25 de mayo de 1936, según Decreto No. 2164 de la Asamblea Legislativa de Guatemala. En cuanto a su estructura, se dividía en tres partes: a. Libro uno, disposiciones generales sobre los delitos y faltas. Las personas responsables y las penas; b. Libro dos, de los delitos y sus penas; c. Libro tres, de las faltas y sus penas.

El mismo, regulaba distintos aspectos que valen la pena mencionar: abarcaba lo relativo al principio de legalidad y retroactividad; la pena no se ejecutaba hasta que se hubiere dictado una sentencia, lo cual deriva de un debido proceso. Algo que resulta interesante indicar es que, brindaba una definición de delito, indicando que el término hacía referencia a una infracción voluntaria de la ley penal. Cabe mencionar que, en esta legislación, se incluía como circunstancia agravante “el ser





vago”, siendo esta una circunstancia subjetiva, así como establecía que, el consentimiento o perdón del ofendido no extinguía la acción penal.

### **3.2.5 El Código Penal de 1973**

Finalmente, el Código Penal de 1973, fue promulgado por medio del Decreto No.17-73 del Congreso de la República de Guatemala, entrando en vigencia el 01 de enero de 1974. Este se encuentra estructurado en dos partes: una parte general y una parte especial.

Si bien, debe reconocerse que el Código Penal vigente, ha implementado los principios de legalidad e irretroactividad propios de un derecho penal de acto, es preocupante que desde hace cuarenta y siete años no haya existido la voluntad legislativa para la emisión de un nuevo Código Penal, lo cual denota que parte de su contenido, no está acorde a la realidad social guatemalteca, a la evolución delictiva y a los avances del derecho penal suscitados en los últimos años. Cabe agregar que, en este código se contemplan medidas de seguridad como mecanismo de prevención y defensa social contra las personas que se encuentran en disposición de cometer delitos y perjudicar a toda la sociedad.

En concordancia con lo anterior, ha sido objeto de diversas críticas el hecho que el Código Penal vigente no regule un concepto de delito, pues solamente se dedica a tipificarlos, lo cual resulta curioso, pues el código anterior sí lo hacía. Además, no contiene una concepción referente a la pena, ni principios aplicables a ella, solo indica la clasificación entre penas principales y accesorias y los factores que deben tomarse en cuenta en el momento de imponer una sanción.

Es cuestionable que, en el Código Penal “se enumeren una serie de medidas de seguridad, reeducadoras y curativas que solo sirven de ornamento ya que por lo general nunca se aplican, sea porque no existen establecimientos adecuados para ello, o por falta de voluntad”. (Diez & Giménes-Salinas, 2001, p. 79)



En la regulación del Código Penal, en la época de creación de este, se tomaba en consideración el factor de peligrosidad, incluso, se establecía a quiénes comprendían un estado peligroso, puesto que, era entendido que estos sujetos tenían una elevada posibilidad de cometer un delito y, por consiguiente, correspondía la aplicación de una medida de seguridad.

Es importante mencionar que, cuando se emitió este código, Guatemala se encontraba en el período del Conflicto Armado Interno ocurrido en los años de 1960 a 1996, época que marcó de manera significativa el desarrollo social, pues culminó con la firma de los Acuerdos de Paz. Por lo que, dicha circunstancia brinda una idea del porqué se reguló el factor “peligrosidad” para la aplicación de una medida de seguridad.

Dorado Montero (1973) indica que establecer el peligro, como criterio de punibilidad es “precaerse contra los seres peligrosos para la conservación del orden legal lo que la función de la justicia criminal persigue (...)”. (pág. 36)

Esta característica es propia de un derecho penal de autor, pues se toman en consideración rasgos personales de un individuo, por figurar una alta probabilidad para la comisión de un hecho delictivo, lo cual permite la aplicación de una medida de seguridad. Es por ello que, se configura uno de los elementos de la doctrina del derecho penal del enemigo, el adelantamiento punitivo, el cual se explicó en el capítulo II de esta investigación, tema que se ampliará en el último capítulo de este estudio.

No está de más, mencionar que existe un procedimiento específico para la aplicación exclusiva de medidas de seguridad y corrección, el cual se encuentra contenido en los artículos 484 al 487 del Código Procesal Penal, Decreto No. 51-92 del Congreso de la República. Este procedimiento fue solicitado por el Ministerio Público luego del requerimiento del inicio a juicio, indicando los antecedentes y circunstancias que motivan dicha solicitud.



### 3.3 La peligrosidad regulada en el Código Penal actual

El término peligrosidad puede ser definido como “la probabilidad de que se produzca un resultado, en este caso, la posibilidad de que se cometa en el futuro un delito por parte de una determinada persona”. (Muñoz, 2001, p. 78)

Tal como se indicó en el capítulo primero de la presente investigación, Ferri fue reconocido por realizar una distinción entre la peligrosidad social y la peligrosidad criminal, por lo que, en este apartado, se pretende analizar cada una de ellas para establecer su diferenciación.

Desde el punto de vista de Busato & Montes Huapaya (2009), con la adopción del sistema de la peligrosidad social, “se contempla la posibilidad de adoptar las medidas predelictuales, ante lo cual no era necesaria la presencia de un hecho delictivo, sino simplemente la existencia de un pronóstico de realización a futuro, actualmente excluida del Derecho penal”. (pág. 241)

En este caso, se dirige la susceptibilidad de cometer delitos por parte del sujeto, pues no será necesario una conducta ilícita. Orts Berenguer & González Cussac (2017) sostienen:

En cuanto a la noción de peligrosidad criminal hay que advertir que en realidad se trata de un auténtico juicio de futuro sobre la probabilidad de delinquir de una persona. Naturalmente este juicio sólo corresponde efectuarlo a un juez o tribunal, aunque se trate simplemente de un pronóstico. Porque no ha de olvidarse que este pronóstico o juicio de futuro sobre la posible comisión de delitos, condiciona la posible imposición de medidas de seguridad. (pág. 568)

El término de peligrosidad criminal, es concebido como el pronóstico razonable de que un individuo pueda cometer nuevos delitos, para lo cual es necesario que, con anterioridad ya se haya cometido un ilícito. Esta concepción es la que se aplica en



el Código Penal vigente y sirve como fundamento para la solicitud de medidas de seguridad dentro del proceso penal.

Busato & Montes Huapaya (2009):

En un Estado de derecho sólo la peligrosidad criminal cualifica con precisión la peligrosidad referida a un juicio de pronóstico de que el sujeto llevará a cabo un injusto penal en el futuro. La peligrosidad criminal, la que se revela únicamente en la realización del injusto típico, constituye el fundamento de las medidas de seguridad. (pág. 243)

De esta forma, para que la imposición de una medida de seguridad no carezca de fundamento, debe evidenciarse en el individuo un pronóstico futuro de que el sujeto llegará a ser autor de un delito, derivado de que con anterioridad ya ha incurrido en la comisión de algún ilícito.

Con lo anterior, se desprende que la peligrosidad social hace referencia a aquellas personas que, sin cometer un ilícito, se encuentran en condiciones próximas de hacerlo, es de carácter predelictual; en cambio, la peligrosidad criminal, comprende a los sujetos que, con anterioridad, ya han incurrido en la comisión de hechos delictivos, por lo que, existe probabilidad de que vuelvan a delinquir, es postdelictual.

Resulta imperativo traer a colación que, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha determinado:

Con sustento en la peligrosidad se podría sancionar al infractor -actual o futuro- no ya por lo que ha realizado, su conducta, su comportamiento ilícito, dañoso y culpable, sino por lo que es, su personalidad, su tendencia, sus posibles decisiones y su conducta futura y probable, apreciada en la única forma en que podría serlo: a través de pronósticos. Esto, en fin, de cuentas, un Derecho penal de autor, en el que se reacciona una función de la persona, que se contrapone al Derecho penal del acto, hecho conducta- en el que se



reacciona en función del comportamiento efectivamente desplegado por el agente, el daño o el riesgo realmente producidos, la culpabilidad es acreditada. (Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas, 2005)

Lo anterior denota que, constitucionalmente y en materia de derechos humanos, es inadmisibles que un juez pueda fundamentarse en un factor de peligrosidad, puesto que, de esa forma se aplicaría una persecución arbitraria por parte del Estado dirigida a individuos que no comparten los valores establecidos por la sociedad y que son considerados potencialmente peligrosos. Dicho factor debe ser demostrado a través de pruebas certeras y no en meros pronósticos.

De la misma forma, la Corte de Constitucionalidad en el expediente no. 1097-2015, Inconstitucionalidad General Parcial, sentencia de fecha once de febrero del dos mil dieciséis ha indicado que:

Solo pueden ser punibles las acciones calificadas como delito o falta y penadas por ley anterior a su perpetración. Debido a que la peligrosidad constituye una característica endógena cuya naturaleza eventual inherente impide determinar con precisión cuál es el bien jurídico tutelado que podría ser lesionado, la sanción que se imponga estaría vinculada a una conducta hipotética (...).

De esta forma, solo la conducta humana reflejada en actos exteriorizados puede ser calificada como delito y con ello motivar una reacción penal, lo cual es propio de un derecho garantista. La incorporación del factor peligrosidad, en un tipo penal es subjetivo, atenta contra la dignidad del procesado por no existir una relación entre el ilícito penal y la gravedad del mismo, así como deja al margen el peligro del acto cometido, pues se prioriza el riesgo que representa el sujeto para la sociedad.

Aunado a lo anterior, la Corte de Constitucionalidad, dentro de ese mismo expediente, en cuanto al término peligrosidad ha manifestado:



Es un concepto que resulta absolutamente inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos, al ser incompatible con el principio de legalidad y, por ende, contrario a lo establecido en el artículo 17 de la Constitución Política de la República de Guatemala y 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ya que su mero mantenimiento constituye una violación al artículo 2 de dicha Convención.

La peligrosidad atenta contra un derecho penal de acto, propio del ordenamiento jurídico-penal guatemalteco, cuando influye como elemento definitivo en el momento de imponer una sanción a un individuo, dejando de lado el acto cometido y el bien jurídico violentado, provocando de esta forma que no exista una relación entre el tipo penal y la gravedad del delito.

### **3.4 El derecho penal y su utilidad social**

El derecho penal sirve, subsidiariamente, a la protección de bienes jurídicos y “su existencia se justifica exclusivamente cuando la convivencia pacífica de los ciudadanos pueda garantizarse tan sólo con el recurso a culminar con una pena la conducta socialmente dañosa”. (Roxin, Arzt, & Tiedemann, 1989, p. 23)

Ha de ser de *última ratio*, subsidiario respecto de las demás posibilidades de regulación de los conflictos, es decir, solo se debe recurrir a él cuando todos los demás instrumentos extrapenales fracasan.

La razón por la que se estima que solo se debe recurrir al derecho penal cuando, haya fallado el empleo de otros instrumentos sociopolíticos frente a la conducta dañina que se trata, radica en que el castigo penal pone en peligro la existencia penal del afectado, se le sitúa al margen de la sociedad y con ello, se produce también un daño social”. (Roxin, Arzt, & Tiedemann, 1989, pág. 23)



Es decir que, no debe acudir al poder sancionador del Estado cuando exista la posibilidad de acudir a otros medios eficaces para la protección del régimen jurídico. Meini (2015) indica que “la permanente tensión entre libertad y seguridad debe ser resuelta con arreglo a los criterios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad de la intervención penal”. (pág. 173)

En un Estado de derecho, es deber del juzgador garantizar los derechos del detenido, autorizar la adopción de medidas de coerción cuando la situación en concreto lo amerite y hacer que prevalezca la presunción de inocencia. Por ello, resulta importante indicar que, en el momento de dictar el auto de prisión preventiva, la misma se ordene de forma excepcional, al ser una medida severa que limita la libertad del individuo.

Todo derecho penal se deriva de “un determinado fundamento que permite reducir hasta qué punto se justifica la aplicación de la pena en cada caso, sea para prevenir o para reprimir ciertos hechos”. (Bacigalupo, 2005, pág. 11)

La pena resulta ser la consecuencia de la comisión de hechos delictivos. Su imposición debe responder a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad; por haber existido una lesión a un bien jurídico tutelado, pues debe estar acorde al tipo penal cometido, evitando su utilización arbitraria.

La pena se justifica por su necesidad como “medio de represión indispensable para mantener las condiciones de vida fundamentales para la convivencia de personas en una comunidad. Sin la pena, la convivencia humana en la sociedad actual sería imposible. Su justificación no es, por consiguiente, una cuestión religiosa ni filosófica, sino una «amarga necesidad»”. (Muñoz & García, 2010, p. 47)

La misma, es concebida como un instrumento de control estatal para reaccionar frente a la comisión de hechos delictivos. Por ello, se hace necesario que cumpla con los fines de prevención, retribución y reinserción social.



Para la imposición de una pena se exige la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley (concepto material de delito). Al respecto, Bustos Ramírez (1989) refiere:

El principio de la necesidad de la intervención corre el peligro de ser demasiado abstracto y vago, requiere pues de una base concreta de sustentación que señale cuáles son los hitos y límites fundamentales del sistema. Así que no basta el principio de la necesidad de la pena, sino resulta indispensable señalar qué es lo protegido, problema que la teoría penal ha intentado solucionar mediante el desarrollo de la teoría del bien jurídico. (p. 44)

La pena tiene como objetivo principal, retribuir el daño causado, por lo que, se impone acorde a la gravedad del delito cometido, persiguiendo fines de rehabilitación y reeducación del delincuente. Esta no debe imponerse de forma arbitraria y desproporcional, pues conllevaría a una relativización de los derechos fundamentales del individuo.

En la doctrina se han identificado dos teorías importantes en relación con la aplicabilidad de las penas, las absolutas y las relativas. Las primeras centran su atención en el porqué de la pena, respondiendo que se impone la pena porque se ha cometido un delito. La pena es retribución por la comisión de un delito y se debe imponer por razones de justicia o de imperio del derecho. (Jaén, 2011, p. 142)

La teoría absoluta de la pena, se concibe como aquella que busca su justificación en sí, por fundamentarse en la retribución del daño causado y el restablecimiento del ordenamiento jurídico. El individuo que transgrede la norma penal, debe reparar el menoscabo provocado por su incumplimiento. La necesidad de la pena constituye un elemento esencial.





Las teorías absolutas responden al porqué de la pena, mirando hacia el pasado y limitarse a hacer justicia mediante la retribución del mal causado. “Pues bien, las teorías relativas responden al para qué de la pena: la pena no es un fin en sí misma, sino un medio de prevención”. (Jaén, 2011, p.143)

Las teorías relativas de la pena desarrollan una finalidad más profunda que las absolutas, pues persiguen fines de prevención por querer evitar la comisión de nuevos hechos delictivos; reeducación, por pretender lograr una transformación del infractor a alguien respetuoso de las normas; resocialización, por buscar el desarrollo de la persona y su incorporación a la sociedad; y de protección del bien jurídico tutelado establecido en la ley. Estas teorías miran hacia el futuro, responden a una concepción utilitaria de la pena.

Para Castro Moreno (2009):

Las teorías relativas de la pena buscan en su imposición, frente a las teorías absolutas, utilidades sociales (prevención general) o individuales (prevención especial). Para ellas, la pena se justifica por su necesidad para evitar la comisión de nuevos delitos. Por ello, debe imponerse sólo en los supuestos y en la medida necesaria para cumplir dicho fin. Lo contrario, esto es, la imposición de una pena inútil sería una expresión de tiranía y de venganza absolutamente injustificada. (pág. 35)

Como reacción social contra el fenómeno de la delincuencia, se trata de buscar mecanismos de prevención, lo cual resulta ser un factor imprescindible en las teorías relativas. La pena debe responder a una razón, ser una herramienta de motivación, un remedio para impedir la comisión de hechos delictivos y evitar reincidencias.

Según los retribucionistas, la justificación del castigo debe buscarse en el hecho de que alguien ha cometido una ofensa, que merece ser sancionada (Asúa, 1970). Por ello, hay quienes definen la pena con una notoria inclinación hacia el concepto de



retribución, destacándola como el mal que se condena a quien se ha declarado judicialmente culpable de la comisión de un hecho punible, lo cual constituye una reacción de la sociedad contra el delincuente. (Pérez, 1984)

La pena se justifica por la necesidad de mantener una convivencia pacífica y justa dentro de los miembros de la sociedad. La retribución de esta, tiene un carácter retrospectivo, puesto que, la consecuencia de la comisión del hecho delictivo se impondrá con base en el daño provocado, allí descansa su función y su finalidad. Cabe indicar que, las teorías retributivas de la pena son conocidas como teorías absolutas.

Para Beccaria (2018) debe existir una proporción entre los delitos y las penas. El fin de las penas, no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos y retraer a los demás de la comisión de otros iguales. Luego, deberán ser escogidas aquellas penas y aquel método de imponerlas, que guardada la proporción y hagan una impresión más eficaz y durable sobre los ánimos de los hombres y la menos dolorosa sobre el cuerpo del reo.

En el momento de imponer una pena, debe existir una proporcionalidad entre el hecho delictivo y la consecuencia de su comisión, es decir que, se encuentre conforme a la gravedad de la afcción producida. Asimismo, la importancia del bien jurídico tutelado, la intensidad del daño, si figuró dolo o culpa y de qué forma será disuasiva la sanción a imponer.

En épocas anteriores, con el objeto de garantizar la paz social a los individuos que delinquían, se les castigaba de forma cruel e inhumana, incluso, eran desterrados del territorio donde habitaban. Derivado de dichos antecedentes, Beccaria ha sido partidario de la idea, que la pena debe atender a un principio de proporcionalidad, pero no en forma retributiva sino, dirigida a una prevención enfocada a los miembros de la sociedad, que impida la comisión de nuevos hechos delictivos y fomente la reinserción del delincuente.



García (2010) refiere que, de acuerdo con las grandes tendencias, se asigna a la pena el fin retributivo de reparar el daño ocasionado a la sociedad o el fin preventivo de impedir futuros crímenes. Por lo que, una pena solo se justifica en cuanto que, cumple con el fin propuesto.

Como medio para reaccionar frente al delito, la pena impuesta ya no busca solamente la retribución del daño causado sino, la reinserción y readaptación del delincuente, así como la prevención de que se susciten nuevamente los hechos ilícitos que dieron lugar a la aplicación de una sanción. De esta forma, ha existido la necesidad de hacer una combinación entre las teorías de la pena.

Roxin (2008) manifiesta:

Si la pena debe "corresponder" a la magnitud de la culpabilidad, está prohibido en todo caso "dar un escarmiento mediante una penalización drástica en casos de culpabilidad leve. La idea de la retribución marca, pues, un límite al poder punitivo del Estado y tiene, en esa medida, una función liberal de salvaguarda de la libertad". (pág. 84)

Por medio de la aplicación de la pena, se revalida la vigencia efectiva de las normas que han sido transgredidas. No se trata de intimidar y reprimir a los infractores sino, fomentar un respeto del régimen jurídico, prevenir nuevos hechos delictivos, rehabilitar y reeducar; puesto que, de nada sirve la imposición de una sanción drástica, si no se tendrán los resultados deseados.

Como se ha indicado, una de las características del derecho penal del enemigo, es la aplicación de penas severas y desproporcionadas. En relación con este aspecto, Guatemala se encuentra ante una etapa del derecho penal en la que no se puede negar la presencia de rasgos de esta doctrina en el Código Penal y en leyes especiales que integran la legislación penal.



### **3.5 Vestigios del derecho penal del enemigo en la legislación penal guatemalteca**

#### **3.5.1 Conspiración**

Sánchez-Ortiz (2006) refiere que la conspiración es un acto preparatorio punible porque, si bien, no llega a lesionar un bien jurídico determinado, tiene la finalidad de hacerlo, para lo cual el sujeto realiza ya actos encaminados a tal efecto.

La conspiración demuestra una de las características de la doctrina del derecho penal del enemigo, el adelantamiento punitivo, cuando se constituye en un acto preparatorio punible. La misma, acontece cuando existe un concierto de voluntades para la ejecución de una actividad delictiva sin que sea preciso una planificación de la acción delictiva, lo que cobrará relevancia es el peligro que representa dicho acuerdo. Será un delito aun cuando los actos que se hayan planeado no sean consumados, pues se juzgará la concertación.

#### **3.5.2 Peligrosidad**

El autor del delito no es peligroso, a criterio de Uriarte Quesada (2009) “por el hecho de que pueda ocasionar lesiones o peligros concretos al bien jurídico en particular, sino que el concepto de peligro se deriva de que el sujeto es peligroso para el Estado mismo, para la sociedad en general”. (pág. 61)

Partiendo de esta premisa, la peligrosidad resulta ser un concepto criminológico, que se fundamenta en características personales del autor del hecho delictivo, por lo cual, resulta ser un vestigio de la doctrina del derecho penal del enemigo.

La peligrosidad del individuo, desde los orígenes de la escuela positiva, ha dado como resultado estados autoritarios, en los cuales no se garantizan los principios de libertad y dignidad humana, lo cual ha sido un punto clave en la teoría de Jakobs.



Parte de dicho concepto, engloba los aspectos de reincidencia y habitualidad, puesto que, a criterio del autor de dicha corriente, coadyuvan a determinar el peligro del sujeto por la comisión reiterada de delitos. Asimismo, esto conlleva a que el sujeto que delinque por su calidad de reincidente o habitual, se les despoje de su calidad de persona, así como la sanción de actos previos que representaran un riesgo para la comunidad. No obstante, derivado de lo establecido en el ordenamiento jurídico penal y en instrumentos internacionales ratificados por Guatemala, debe prevalecer un principio de legalidad que garantice que el individuo solo sea juzgado por conductas delictivas calificadas como tal en la ley, por lo que, resulta inviable cualquier acción que desnaturalice un derecho penal de acto.

Petrocelli, citado por Salvador Ruano (2012) ha definido la peligrosidad como "un complejo de condiciones subjetivas y objetivas bajo cuya acción es probable que un individuo cometa un hecho socialmente daños". (pág. 366)

El término de peligrosidad resulta ser, una simple predicción de lo que puede acontecer o no, debido a que se impone una sanción con base en la personalidad del infractor y no al acto cometido, adelantándose a hechos que ni siquiera han sucedido. Al valorarse dicha circunstancia, se realiza una apreciación acerca de las probabilidades de que el imputado cometa hechos delictuosos a futuro, lo cual debe ser efectivamente probado durante el transcurso del proceso penal, mediante los medios de prueba certeros.

Dado que, este tema ya fue tratado en el apartado denominado "la peligrosidad regulada en el Código Penal actual", no se entra a profundizar en el mismo; sin embargo, será ampliado en el tema de las medidas de seguridad y en el capítulo quinto de la presente investigación.



### 3.5.3 Reincidencia y habitualidad

Martin (2005) indica, en palabras de Jakobs:

Los diferentes ciudadanos que han cometido un hecho delictivo son los enemigos. Estos son individuos que, en su actitud, en su vida económica o mediante su incorporación a una organización, se han apartado del Derecho presumiblemente de un modo duradero y no sólo de manera incidental. El tránsito de su calidad del ciudadano a enemigo se iría produciendo mediante la reincidencia, la habitualidad, la profesionalidad delictiva, y finalmente, la integración en organizaciones delictivas estructuradas y en ese tránsito, más allá del significado de cada hecho delictivo concreto, se manifestaría una dimensión de peligrosidad a la que hacer frente. (pág. 5)

Al generarse un delincuente ocasional, su comportamiento representa un riesgo permanente. La mutación de ciudadano, sujeto normal de derecho, a la calidad de enemigo, infractor de la norma, siguiendo esta postura, se configurará mediante factores de reincidencia y habitualidad. No obstante, al establecer que las personas que violen el cumplimiento de la norma sean consideradas como “no personas” o “enemigos” contraviene la Constitución Política de la República de Guatemala, el Código Procesal y Penal y normativa internacional en materia de derechos humanos ratificada por Guatemala, atentando contra su dignidad.

David (2001) considera a la reincidencia como “un tema y problema central de la criminalidad, al señalar que cualquier sistema judicial y correccional se valida en la medida de sus índices de reincidencia”. (p. 463)

Esta acontece cuando un individuo es condenado por un delito luego de haber sido sentenciado por otro. La reincidencia fue apreciada como agravante de la responsabilidad, puesto que, el individuo delinquía varias veces sucesivas, recayendo en la comisión de delitos nuevamente. (Asúa, 1990)



Por otro lado, la habitualidad implica la comisión reiterada de delitos, no tiene aplicación sino a través de la reincidencia. (Asúa, 1990)

A la luz de la doctrina del derecho penal del enemigo, la pena debe ir orientada a la peligrosidad del que delinque, para poder prever que esa persona no pueda reincidir. Sin embargo, esto resulta inviable en un derecho penal de acto, puesto que, se sancionan los hechos delictivos en concreto y no lo que es el sujeto. Es más factible la implementación de instrumentos adecuados que logren la reeducación y readaptación del delincuente, con el objeto de evitar que nuevamente realice actividades delictivas.

La habitualidad se encuentra íntimamente ligada a la reincidencia, porque para que ocurra dicha figura penal, es necesario que previamente el sujeto haya reincidido en actividades delictivas, se constituye como una fase posterior al estado de reincidente.

La diferencia básica entre ambas figuras jurídicas radica en la cantidad de delitos, puesto que, para que una persona sea considerada como reincidente, se hace necesario que haya sido condenado en sentencia ejecutoriada por la comisión de un hecho delictivo; para que un sujeto sea concebido como un delincuente habitual, el sujeto debe haber sido sancionado más de dos veces por delitos anteriores.

Algo que es necesario mencionar, con relación a la habitualidad, es que el delincuente es sancionado con el doble de la pena respectiva, mientras que al reincidente no le aplica esta variante. Ambas figuras penales son tomadas en cuenta en la doctrina del derecho penal del enemigo, puesto que coadyuvan a determinar la peligrosidad del sujeto por la comisión reiterada de delitos, así como establecer la forma de combatir estos peligros, por atender contra la seguridad de los miembros de una sociedad. Asimismo, porque de acuerdo con esta teoría, estas circunstancias deben ser tomadas en cuenta para categorizar a un individuo como



“enemigo” y despojarlo de su calidad de ciudadano, lo que resulta inadmisibles en un derecho penal de acto.

### 3.5.4 Las medidas de seguridad

Amuchategui Requena (2012) refiere que:

El derecho penal del enemigo busca su justificación en la necesidad de dar fortaleza a las normas para mantener el orden y el respeto dentro del grupo social. Se trata de que los ciudadanos no pierdan la confianza en las normas. Con tal de lograr este propósito, el derecho penal del enemigo anticipa la punición, reduciendo algunas garantías procesales e individuales en prevención de conductas lesivas, ante la evidente peligrosidad de determinados sujetos y grupos, que vienen a ser los enemigos. (pág. 143)

El derecho penal del enemigo pretende, neutralizar peligros como mecanismo de defensa a los hechos delictivos. Con el objeto de que prevalezca la vigencia de la norma y no se atente contra los bienes jurídicos tutelados, se busca asegurar la no comisión de hechos futuros a través del adelantamiento punitivo.

La idea de peligrosidad criminal “aparece en el moderno derecho penal, vinculada a la función preventiva que, junto a la represiva, ejerce tradicionalmente. Así, junto al binomio delito-pena, va tomando cuerpo en el pensamiento penal, el binomio estado peligroso-medida de seguridad”. (Orts & González, 2017, p. 567)

El positivismo penal, que atiende esencialmente al delincuente y sostiene la responsabilidad por el hecho de vivir en sociedad, se enfrentó a la necesidad de asegurar, por algún medio, la no repetición de los daños causados por los sujetos, hayan sido o no declarados imputables, pero de todos modos responsables.

Para ello, creó junto a la pena, la llamada “medida de seguridad” la cual no castiga, sino persigue un fin utilitario, una prevención general y una





prevención especial respecto de quien presenta una irrefutable peligrosidad. Son medios de asistencia, que procuran la readaptación del individuo o el contralor de su erradicación de la sociedad. (Goldstein, 1993, pág. 673)

Las medidas de seguridad resultan ser medios de defensa social, que utiliza el Estado para prevenir el delito. Es por ello que, las mismas pretenden ser aplicadas a los individuos a los que haya que impedir mediante coacción, por haber infringido el ordenamiento jurídico, puesto que, existe un innegable factor de peligrosidad, lo cual se deriva de factores de reincidencia y habitualidad. Así como aquellas personas que se consideran como sujetos con elevada posibilidad de cometer un ilícito.

Criminalistas contemporáneos han conceptualizado a la medida de seguridad como: “una medida destinada a complementar o suplir la pena, que se aplican como esta por la autoridad judicial, que tienden a asegurar la defensa social, independientemente de toda consideración de orden moral”. (Garrona, 1994, pág. 506)

Las medidas de seguridad intentan evitar que ocurra nuevamente la comisión de nuevos delitos, atendiendo al factor de peligrosidad del individuo, que se exterioriza en el momento de la comisión del ilícito penal y tienen como base los antecedentes del culpable, por lo que, va destinada a complementar o suplir. En cambio, la pena va dirigida a dos factores: cumplimiento y retribución.

Lo que se busca es, sosegar las falencias del derecho penal moderno con el establecimiento de opciones viables que coadyuven a la prevención del delito y eliminación de riesgos, debido a que no se cuenta con un mecanismo eficaz de readaptación social y reeducación, porque en lugar de reducirse los índices de criminalidad estos aumentan.



El derecho penal clásico ha pretendido que la pena que se aplique al delincuente compense el daño provocado, como medio de restablecimiento del orden jurídico, en virtud que dicha conducta ha generado reprochabilidad social. Sin embargo, algunos juristas han destacado la importancia de prevenir la comisión de hechos delictivos, por lo que, han destacado la necesidad de utilizar como herramienta para dicha función, la aplicación de las medidas de seguridad.

Manzanera (2003) ha indicado que “la peligrosidad es el punto de partida y la sustentación para la aplicación de la medida de seguridad”. (pág. 121)

Este es un factor determinante para los sujetos que representan elevada posibilidad de cometer un delito, debido a que, a partir de allí, se evalúa la necesidad de aplicar medios de defensa social, con el objeto de prevenir la comisión de ulteriores delitos.

La peligrosidad se deriva de la doctrina del derecho penal de autor, abarca la presunción de que un individuo a futuro pueda cometer un hecho delictivo por sus características personales, así como la acentuada posibilidad de cometer un delito evidenciada por sus conductas antisociales, lo cual violenta garantías mínimas del individuo establecidas en la carta fundamental y en los tratados internacionales ratificados por Guatemala.

En principio, las medidas de seguridad buscan neutralizar la peligrosidad del individuo que infringe la norma. Para su aplicación, es necesario que del hecho cometido por el sujeto, se deduzca la posibilidad de un comportamiento futuro que revele una elevada probabilidad de comisión de nuevos delitos y la graduación de la peligrosidad debe depender de expertos en la materia para determinar cuál será su duración de conformidad con el principio de proporcionalidad, pues es necesario que no se atente contra el desarrollo integral de la persona.

Requena & Díaz (2006) exponen que “Las medidas de seguridad se tratan de medios que se encuentran previstos en la ley para que se apliquen a quienes se



hacen merecedores de ellos, a fin de evitar la comisión de un delito”. (pág. 114)

Estas se basan en la peligrosidad social del individuo, pues tomando en cuenta sus características personales y sus antecedentes, se determina su probabilidad de cometer un hecho delictivo a futuro. Para Vincent & Guillien (2000) “las medidas de seguridad pueden consistir en una neutralización, en un tratamiento terapéutico o un tratamiento reeducacional”. (pág. 253)

Las mismas, en el primer caso, buscan evitar el peligro que representa el individuo para la sociedad; en el segundo aspecto, tendrán por objeto la curación del sujeto para que no represente un estado peligroso y; en la tercera situación persigue que la persona que delinque, se incorpore a la sociedad como alguien respetuoso del ordenamiento jurídico, eliminando los elementos negativos que producen conductas antisociales.

En relación con lo anterior, su fundamento es la seguridad futura de la comunidad frente a violaciones posteriores del derecho que pudiera ocasionar un individuo. La misma, según esta doctrina, no se determina por el hecho provocado, sino va a depender de la peligrosidad del involucrado. Sin embargo, debe haber cierto grado de cautela, porque muchas veces el factor peligrosidad es una probabilidad, y eso conlleva una incertidumbre a las garantías individuales porque no hay certeza. Es por ello que, se debe precisar los alcances de sujeto con colaboración de expertos en la materia, para no atentar con la libertad individual.

La labor del Estado respecto del delito, no debe reducirse al castigo del delincuente sino, principalmente, procurar su readaptación social, la prevención de nuevos delitos; para lograr con alguna eficacia dicho objetivo, mediante la educación y tratamiento del sujeto que ha delinquido o probablemente llegará a delinquir, se crearon las llamadas medidas de seguridad; las cuales surgieron como instrumento básico de defensa social. (Calderón, 2003)



La medida de seguridad es un medio adecuado para reinsertar al individuo que ha cometido un delito a la sociedad, sin embargo, debe haber intervención del Estado como garante constitucional de la seguridad ciudadana, pues las mismas deben ser proporcionales para no atentar contra la libertad individual y el desarrollo integral.

Ripollés (1978) afirma que:

Es pretensión constantemente afirmada por el Derecho penal moderno, la de haber ideado un nuevo medio de lucha contra la criminalidad y una nueva consecuencia del delito, la de las llamadas medidas de seguridad, las que vienen a complementar, cuando no a reemplazar, a las penas. (pág. 421)

La aplicación de una medida de seguridad, conlleva un mecanismo de prevención para que el sujeto que haya delinuido no reincida en la comisión delictiva, lo cual se encuentra orientado a fines de reeducación y reinserción social, es por ello que, se afirma que es un complemento y no una sustitución de la pena.

Cabe mencionar que, dentro de la legislación penal guatemalteca, existe un procedimiento específico en la ley adjetiva respecto a la aplicación exclusiva de medidas de seguridad y corrección, dicha vía procesal se tramita luego que ha acontecido la comisión de un hecho delictivo y el Ministerio Público realiza la solicitud después del procedimiento preparatorio.

David (2001) distingue dos formas de prevención. La primera prevención de tipo genérico, que proviene de todas las circunstancias sociales concretas, es anterior al ingreso de la actividad del aparato judicial o penal y, la segunda, es la prevención específica generada desde el sistema judicial, penal, o bien, desde la prevención que puede resultar de la aplicación de alguna medida de tipo correccional.

La prevención general va dirigida a la sociedad en general, el Estado busca que los miembros de la misma no incurran en la comisión de hechos delictivos. Respecto a



la prevención específica, la misma va destinada al individuo que cometió el delito, pues busca su reeducación, reinserción y rehabilitación.

No hace falta una amplia exposición para destacar que las medidas de seguridad y corrección, a diferencia de las penas, son fruto del pensamiento del derecho penal de autor. Las mismas se han desarrollado de la teoría de la prevención especial y se orientan por principio a la personalidad del autor; y como no requieren culpabilidad, hay un amplio retroceso del hecho concreto como fundamento de la responsabilidad (Roxin, 2008).

Las medidas de seguridad se derivan de la doctrina del derecho penal de autor, pues se fundamentan en la peligrosidad social del individuo, al tomar en consideración sus antecedentes y características personales. Por lo que, no se hace necesaria la existencia de un hecho delictivo sino, la probabilidad de su comisión, en cambio, en la pena sí es requerida esta circunstancia, pues se basa en un principio de culpabilidad.

Las medidas de seguridad no suponen la amenaza de un mal para el caso de que se cometa un delito, "sino un tratamiento dirigido a evitar que un sujeto peligroso llegue a cometerlo. Mientras que la pena se inflige por un delito cometido, aquella se impone como medio de evitarlo". (Mir, 2006, p. 43)

Echandía (1990) refiere que "El concepto tradicional de la pena-retribución ha cedido el paso a una concepción más amplia: la de pena-reeducación". (pág. 259). Tal como se ha indicado, es necesario contar con herramientas que no solo se dediquen a sancionar en contraprestación al menoscabo causado, sino que coadyuven a que el transgresor de la norma se convierta en una persona capaz de respetar las leyes, permitiendo de esta forma, su reinserción a la sociedad.

Resulta menester traer a colación una diferenciación, pues muchas veces suele confundirse los términos "pena" y "medida de seguridad". La primera se basa en la



culpabilidad del autor, aplicando una sanción de acuerdo con la gravedad del delito cometido. La segunda, es un complemento de la primera, fundamentada en un principio de peligrosidad, puede aplicarse antes de que se incurra en la transgresión o posterior a ella. No obstante, es innegable que ambas buscan prevenir la comisión de hechos delictivos y deben ser aplicadas por un órgano jurisdiccional.

### **3.6 Leyes especiales en materia penal**

El ordenamiento jurídico penal guatemalteco, contiene rasgos que orientan a una tendencia a la doctrina del derecho penal del enemigo, tales como: la desproporcionalidad de las penas establecidas para tipos penales de grave impacto social y restricción de ciertas garantías procesales y adelantamiento punitivo. A lo largo de la presente investigación, se ha podido establecer que, además del Código Penal, existen resabios de dicha teoría en leyes penales especiales, mismas que se procederá a enlistar en este apartado, puesto que, en el capítulo siguiente se analizará cada una de ellas.

- a. La Ley Contra la Delincuencia Organizada, Decreto No. 21-2006 del Congreso de la República de Guatemala, surgió como instrumento legal para perseguir, procesar y erradicar el flagelo de la delincuencia organizada. La misma tiene una tendencia de la doctrina objeto de estudio, pues dentro de su contenido regula una ampliación de agravantes especiales y penas accesorias, específicamente para los miembros que conforman un grupo delictivo organizado. Regula disposiciones que restringen garantías procesales de los sujetos. Dicha normativa pretende la protección de los bienes jurídicos tutelados de la vida, seguridad e integridad física.
- b. La Ley contra la Narcoactividad, Decreto No. 48-92 del Congreso de la República de Guatemala, aparece como parte del compromiso de diversos tratados internacionales y su preocupación por la acción delictiva del narcotráfico, en aras de proteger el bien jurídico tutelado "salud". En su contenido se establece la aplicación de medidas de seguridad y penas no



proporcionales. Dicha normativa pretende la protección de los bienes jurídicos tutelados como: la salud, la integridad del individuo, la economía nacional, el comercio y la industria.

- c. La Ley de Armas y Municiones, Decreto No. 15-2009 del Congreso de la República de Guatemala, se originó con el objeto de regular medidas legislativas necesarias para erradicar el tráfico ilícito de armas de fuego y municiones, así como establecer el control y penalización correspondiente. Esta contiene como elemento característico de la doctrina del derecho penal del enemigo, el establecimiento de penas severas y desproporcionadas. Dicha normativa pretende la protección de los bienes jurídicos tutelados siguientes: la vida, la integridad física, la libertad, la seguridad y la justicia.
- d. La Ley para Prevenir y Reprimir el Financiamiento al Terrorismo, Decreto No. 58-2005 del Congreso de la República de Guatemala, fue implementada como parte del compromiso adoptado por el Estado de Guatemala en tratados internacionales, con el fin de proteger la estabilidad de la sociedad y el orden constitucional ante la comisión de un delito de lesa humanidad. Dentro de sus disposiciones contiene la característica del establecimiento de penas drásticas. Dicha normativa pretende la protección de la estabilidad y orden constitucional guatemalteco.
- e. La Ley Contra el Lavado de Dinero u otros Activos, Decreto No. 67-2001 del Congreso de la República de Guatemala, surgió como un mecanismo de protección del comercio, la industria, la economía nacional, la estabilidad y solidez del sistema financiero guatemalteco. Dentro de su contenido regula el elemento de la teoría objeto de estudio y la aplicación de penas desproporcionadas.
- f. La Ley de Extinción de Dominio, Decreto No. 55-2010 del Congreso de la República de Guatemala, fue creada como principal instrumento para el combate de las actividades de la delincuencia organizada. En su contenido se estableció una acción de naturaleza jurisdiccional, de carácter real y de



contenido patrimonial para determinar la situación de los bienes de origen o destinación ilícita. Es considerada como una manifestación del derecho penal del enemigo, en virtud, que la misma se aplica con base en presunciones, independientemente de lo suscitado en el proceso penal.

En el desarrollo de este capítulo se ha podido evidenciar la situación actual del ordenamiento penal, partiendo de los principios constitucionales propios de un derecho penal de acto, aplicable en Guatemala: legalidad, debido proceso, presunción de inocencia e irretroactividad. Así como un esbozo de los distintos códigos penales que han formado parte del ordenamiento jurídico guatemalteco, hasta llegar al que actualmente rige al país, estableciendo de esta forma, la falta de voluntad legislativa para la implementación de una normativa acorde a las necesidades de la sociedad. Aunado a ello, se logró concluir en los aspectos doctrinarios de los vestigios de la doctrina del derecho penal del enemigo en el Código Penal para realizar una explicación práctica en el último capítulo de la presente investigación.







## CAPÍTULO IV

### ANÁLISIS JURÍDICO DE LOS VESTIGIOS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN EL ORDENAMIENTO PENAL GUATEMALTECO

La doctrina del derecho penal del enemigo ha sido una teoría muy discutida por distintos juristas, principalmente, por pretender realizar una separación entre enemigos y ciudadanos, de esa forma, el hombre que transgrede el pacto social al que se sometió voluntariamente para vivir en armonía, se ve despojado de su calidad de ciudadano y se le categoriza como “enemigo de la sociedad”; así como por regular la aplicación de penas desproporcionadas y un adelantamiento punitivo en respuesta a los fenómenos criminológicos.

Partiendo de esta idea, es importante establecer si en el ordenamiento penal guatemalteco se denota la existencia de vestigios de esta doctrina, por lo que, en este capítulo se pretende identificar y analizar dicho extremo partiendo de las características principales de esta teoría.

#### 4.1 Amplitud en el adelantamiento de la punibilidad

El Estado dispone de dos herramientas para reaccionar frente al delito: las medidas de seguridad (que buscan la prevención) y las penas (que suponen el castigo). A manera de prevenir el fenómeno de la delincuencia organizada, muchos juristas han propugnado elementos de la aplicación de la teoría del derecho penal del enemigo, así como promover un ajuste a la legislación para la obtención de los resultados deseados.

Según la teoría objeto de la esta investigación, el término de adelantamiento de punibilidad, hace referencia a hechos futuros. Se pretende que se sancionen actos preparatorios, esencialmente por el peligro que el infractor pueda revestir, antes que, de alguna forma, pueda atentar en contra de un bien jurídico tutelado. El factor



peligrosidad, en la doctrina ha servido para determinar la aplicación de medidas de seguridad, como parte de un adelantamiento punitivo.

La peligrosidad es inherente a la doctrina del derecho penal del enemigo, su aplicación en el Estado de Guatemala se hace inviable al violentar garantías mínimas del individuo establecidas en tratados internacionales y la carta fundamental, al tomar en cuenta circunstancias personales del sujeto. Sin embargo, la misma debe ser probada y demostrada en juicio, pues esta no puede estar basada en meras presunciones. Asimismo, no debe considerarse como agravante para modificar la responsabilidad penal.

Es asemejado a una inadaptación social, puesto que, las características personales del infractor de la ley se han tomado como justificante para la aplicación de la pena, para contener el riesgo de conductas reprochables a futuro, como medido de defensa social. No obstante, al permitir esto, se configura un derecho penal de autor y se hace inoperante con la legislación guatemalteca.

Como se explicó, el derecho penal de autor es una doctrina derivada de la escuela positiva, que se contrapone al derecho penal de acto (escuela clásica) y violenta la presunción de inocencia, en virtud, que no se castiga al individuo por el acto cometido sino por lo que es, lo cual conlleva un retroceso jurídico. Esta teoría fue tomada en cuenta por Jakobs en el momento de acuñar el término del derecho penal del enemigo, puesto que tomó en cuenta la representación de la peligrosidad en el individuo, con el objeto de sancionar actos previos antes de que suscitaran como mecanismo de prevención del delito, así como combatir a todos aquellos transgresores de las normas, categorizándolos como no ciudadanos.

Lo anterior denota que el factor peligrosidad, en la doctrina, ha servido para determinar la aplicación de medidas de seguridad. Con relación a este aspecto, no puede dejar de mencionarse, que el Código Penal, Decreto No. 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, contiene resabios del derecho penal del enemigo, al



establecer el régimen de aplicación de las medidas de seguridad, como mecanismos de defensa social que utiliza el Estado para prevenir el delito.

Asimismo, en su regulación indica a qué personas se les consideran con elevada posibilidad de cometer un delito, pues enumera una serie de circunstancias que visualizan índices de peligrosidad. Se hace referencia a un derecho penal de autor, puesto que se establecen características personales que deben tomarse en cuenta para su aplicación contenidas en la normativa penal.

La personalidad peligrosa del individuo, desde los orígenes de la escuela positiva, ha fomentado Estados autoritarios que no reconocen los principios de libertad y dignidad humana. Este término fue uno de los puntos clave en la doctrina de Jakobs al pretender despojar al sujeto reincidente de su calidad de persona, así como la sanción de actos previos que representaran un riesgo para la comunidad. No obstante, derivado de lo establecido en el ordenamiento jurídico penal y en instrumentos internacionales ratificados por Guatemala, debe prevalecer un principio de legalidad que garantice que el individuo solo sea juzgado por conductas delictivas calificadas como tal en la ley, por lo que resulta inviable cualquier acción que desnaturalice un derecho penal de acto.

Derivado de los compromisos internacionales adquiridos por Guatemala, se ha hecho necesario que las disposiciones de derecho interno se ajusten a lo establecido en los convenios ratificados para hacer efectivos los derechos y libertades que en ellos se garantizan. Además, tanto en los fallos jurisprudenciales como en los textos doctrinarios, se afirma que en el ordenamiento penal guatemalteco prevalece el derecho penal de acto, incluso, existen normas específicas que excluyen la inaplicación de garantías mínimas a los imputados de un hecho delictivo. Se dispone a sancionar los actos u omisiones previamente establecidos como delitos en la norma, denotado un Estado social y democrático donde prevalece la promoción de los derechos fundamentales.



La doctrina del derecho penal del enemigo, pretende sancionar actos previos que puedan representar un riesgo para la comunidad, pues se fundamenta en la peligrosidad de la persona que delinque, contrariando un derecho penal de acto, en el cual se garantiza la presunción de inocencia de una persona, mientras no sea condenada. Aunado a ello, esta última impide que los individuos sean sometidos a un trato indigno, que atente contra su integridad física y psicológica. La aplicación del régimen jurídico guatemalteco propicia la aplicación de los principios irrenunciables de legalidad, proporcionalidad y culpabilidad, así como la búsqueda de alternativas a la pena privativa de libertad, pues en principio debe prevalecer la misma como regla general.

Las medidas de seguridad establecen la aplicación de un derecho penal del enemigo, porque su aplicación se funda en las circunstancias del individuo que representan un peligro para la sociedad, de las cuales, muchas veces, este no puede ser responsabilizado. La misma tiene fines de carácter preventivo, pues previene la comisión de delitos a futuros; carácter rehabilitador, debido a que se tiene por objeto que la persona que haya incurrido en la comisión de un delito, pueda reintegrarse a la sociedad nuevamente, como un ciudadano respetuoso de las normas.

Al aplicarlas ocurre un adelantamiento punitivo, puesto que, las decisiones a tomar se aplican por la persona y no por el acto cometido. El dictamen del factor peligrosidad es el punto fundamental del problema; de él depende que la medida se dicte o no. Si se analiza, si son viables, se considera que pueden resultar beneficiosas, siempre que, se procure la readaptación social y la prevención de nuevos delitos, puesto que, las mismas, a lo largo de los años, se han desarrollado como un mecanismo de defensa social.

En principio, al hablar del factor peligrosidad, debe tenerse en cuenta que se atenta contra un modelo garantista, en virtud que dicho aspecto menoscaba la dignidad del imputado, asimismo, se contrapone a la teoría de la culpabilidad, en la cual debe



juzgarse el acto cometido y no las características del autor del hecho realizado guardando una estrecha relación con el tipo penal y la gravedad del delito.

Es necesario que se dé un enfoque al peligro que conlleva el delito cometido y no a la condición de peligrosidad del individuo, puesto que, aún no se ha incurrido en la comisión de algún ilícito penal. Debido a que, si se aplica la doctrina del derecho penal del enemigo a la persona respetuosa de las normas (ciudadano) se le reconocerán sus derechos fundamentales y al individuo que llegue a delinquir (enemigo) se le vedarán sus garantías mínimas, lo cual es propio de un Estado autoritario y arbitrario.

El derecho penal del enemigo pretende la anticipación para no dejar actuar a los individuos y el adelantamiento punitivo. Partiendo de esta premisa, el Código penal guatemalteco establece que la conspiración será punible en los casos en que la ley lo determine expresamente. A lo cual, es menester indicar que la Ley Contra la Delincuencia Organizada, Decreto No. 21-2006 del Congreso de la República de Guatemala, regula que la pena a imponer en los delitos, enunciados en el artículo tres de dicha normativa, serán las señaladas para el delito que se conspira. Es decir que, existirá una sanción para actos previos pues no será necesaria la ejecución final del hecho delictivo, solo bastará la concertación entre los sujetos.

Dicha normativa regula, en su artículo cuatro, lo relativo al tipo penal de asociación ilícita, en el cual se sanciona la participación o integración a grupos delictivos que tengan por objeto la comisión de ilícitos. Esa figura delictiva tiene carácter autónomo e independiente, puesto que, subsiste sin que haya sido cometido delito alguno, objeto de reproche penal, lo cual configura un adelantamiento punitivo. Asimismo, dicha característica es observada en el tipo penal de asociación ilegal de gente armada contenido en el artículo cinco.

En concordancia con lo anterior, es necesario indicar que, de acuerdo con lo establecido en el artículo doce del Decreto 21-2006, se regula una serie de



agravantes especiales y penas accesorias, específicamente para los miembros que conforman un grupo delictivo organizado.

En relación con el adelantamiento punitivo, no puede dejar de mencionarse la Ley de Extinción de Dominio, Decreto No. 55-2010 del Congreso de la República de Guatemala, pues contiene rasgos que dirigen a una doctrina del derecho penal del enemigo, en virtud que la misma se aplica con base en presunciones. Esta normativa indica que, salvo prueba en contrario, los bienes que hayan sido adquiridos o negociados en cualquier tiempo y que estén sometidos o puedan estar sometidos a la acción, se presumen que provienen de actividades ilícitas o delictivas.

La Ley de Extinción de Dominio establece una acción de naturaleza jurisdiccional, de carácter real y de contenido patrimonial, para determinar la situación de los bienes de origen o destinación ilícita. Si bien, constitucionalmente, existe la protección al derecho de propiedad, regulado en el artículo 39 de la Constitución Política de la República de Guatemala, el mismo es limitado al determinarse que, derivado de la realización de actividades ilícitas, se obtuvieron ciertos bienes o que estos fueron utilizados para la comisión de un hecho delictivo.

La acción de extinción de dominio es imprescriptible, puede plantearse en cualquier momento, independientemente de lo que se haya suscitado en el proceso penal, es decir, que procederá la misma, no importando que exista una sentencia absolutoria o el otorgamiento de una medida desjudicializadora. Incluso, la misma no se extingue por la muerte del titular del derecho o de la persona que se haya beneficiado o lucrado con bienes, frutos, ganancias.

En concordancia con lo anteriormente aludido, es menester traer a colación que dicha normativa contiene ciertas limitaciones: a) la única excepción previa que se puede interponerse en contra de la acción de acción de dominio, es la de la falta de personalidad; b) durante la acción de extinción de dominio, solo es procedente el



recurso de apelación, en contra de la sentencia por inobservancia, interpretación indebida o errónea aplicación de la ley, así como con la resolución que decreta medidas cautelares y la que resuelve lo referente a la excepción interpuesta; c) ausencia de otros medios de impugnación; c) el medio de impugnación no suspende ninguna de las medidas decretadas por el juez para garantizar el proceso jurisdiccional.

La Ley contra la Narcoactividad, Decreto No. 48-92 del Congreso de la República de Guatemala, establece una amplia identificación de quienes son considerados autores de los delitos allí contenidos en su artículo nueve. Dentro de esta clasificación, se indica que se aprecian como tal: a) los que tomen parte en la ejecución del hecho; b) prestaren auxilio o ayuda anterior o posterior, con un acto sin el cual no se hubiera podido cometer; c) las que emitan promesas anteriores a la perpetración del hecho delictivo; d) a quien, valiéndose de su superioridad jerárquica, determine a uno de sus subordinados mediante órdenes genéricas de contenido prohibido por esta ley. La que vale la pena enfatizar, es la contenida en la literal c) puesto que se configura dicha calidad, a pesar de que el individuo no realice en forma concreta el hecho delictivo, bastando solamente el simple ofrecimiento, lo cual constituye un elemento característico del derecho penal del enemigo.

Esta normativa regula lo referente a las medidas de seguridad, basadas en presunciones, indicando en su artículo 23 numeral b), que las mismas se impondrán, cuando la reiteración de los delitos a que se refiere dicha ley hiciere, presumiere, fundamente la continuación de prácticas delictivas, o la realización de actividades delictivas que ponen en peligro a la sociedad y a los bienes jurídicos tutelados, denotando de esta manera, que la reincidencia y habitualidad influirán para la aplicación de los medios de defensa social, constituyendo de esta forma un adelantamiento punitivo propio de la doctrina objeto de estudio.





#### **4.2 Desproporcionalidad de las penas previstas**

Tal como se explicó en el capítulo segundo, uno de los elementos característicos de la teoría del derecho penal del enemigo, es el establecimiento de penas drásticas y desproporcionadas, lo cual propugna la abolición del criterio de proporcionalidad de la pena con relación a los daños causados. Empero, dentro de la normativa penal vigente, pudiera observarse dicho fenómeno en delitos de gran impacto social.

La pena que establezca el legislador a consecuencia de haber cometido un delito, debe ser proporcional a la importancia social del hecho. Es por ello que, no deben admitirse penas que sean exageradas o irracionales en relación con la prevención del delito.

Debido a que la pena, es una consecuencia jurídica que sufre el delincuente que ha cometido el delito, su aplicación debe determinarse con base en la conducta incurrida, sin tomarse en cuenta características personales del infractor de la norma. Asimismo, debe tener como objetivo principal, la readaptación y resocialización del infractor.

La necesidad de la proporcionalidad se desprende de la exigencia de una prevención general, capaz de producir sus efectos en la colectividad. De este modo, el derecho penal debe ajustar la gravedad de las penas, a la trascendencia que para la sociedad tienen los hechos, según el grado de afectación al bien jurídico lesionado, la cual debe tener el poder de prever que los individuos no puedan reincidir debido a que constitucionalmente debe atenderse a fines de readaptación y reeducación.

En la Ley contra la Narcoactividad, se han establecido distintos tipos penales en los cuales las penas establecidas por el legislador son excesivas y rigurosas. Con relación a este extremo, debe aludirse a lo establecido en los artículos 35 y 38 de esta normativa, cuando se establece que, al delito de tránsito internacional le



corresponde una pena de prisión de 12 a 20 años, al igual que al delito de comercio, tráfico y almacenamiento ilícito, lo cual denota la existencia de uno de los elementos característicos de la doctrina objeto de la presente investigación.

La Ley de Armas y Municiones, Decreto No. 15-2009 del Congreso de la República de Guatemala, también establece una serie de tipos penales con penas drásticas, de los cuales se pueden mencionar:

- a. La tenencia ilegal de armas de fuego bélicas o de uso exclusivo del Ejército de Guatemala o de las fuerzas de seguridad y orden público del Estado, explosivos, armas químicas, biológicas, atómicas, trampas bélicas y armas experimentales que preceptúa una pena de 10 a 15 años de prisión inconvertibles.
- b. El depósito ilegal de armas de fuego bélicas o de uso exclusivo del Ejército de Guatemala o de las fuerzas de seguridad y orden público del Estado, explosivos, armas químicas, biológicas, atómicas, trampas bélicas y armas experimentales, cuya pena a imponer es de 10 a 15 años de prisión inconvertibles y comiso de las armas.
- c. Transporte y/o traslado ilegal de armas de fuego: La pena a imponer será de 10 a 15 años de prisión inconvertibles y comiso de armas, si estas son de las clasificadas en esta Ley como armas de fuego bélicas o de uso exclusivo del Ejército de Guatemala, explosivos, armas químicas, biológicas, atómicas, trampas bélicas, armas experimentales y cuando sean armas artesanales o hechas.
- d. Transporte y/o traslado ilegal de municiones: La pena a imponer será de cinco a ocho años de prisión inconvertibles y comiso de la munición, cuando la munición transportada o trasladada es de municiones para armas de fuego bélicas o de uso exclusivo del Ejército de Guatemala, cualquiera que sea la cantidad.



- e. Tráfico ilícito de armas de fuego o municiones, que establece que la pena que se debe imponer es de 10 a 12 años de prisión inconvertibles y comiso de armas si son de las clasificadas como las de uso civil y/o deportivas. Ahora bien, si las armas son de las clasificadas en la normativa como armas bélicas o de uso exclusivo del Ejército de Guatemala o de las fuerzas de seguridad y de orden público del Estado, explosivos, armas químicas, biológicas, atómicas, trampas bélicas y armas experimentales, la pena a imponerse será de 12 a 18 años de prisión inconvertibles y comiso de las armas.
- f. Los tipos penales de tránsito ilícito de armas de fuego o municiones y tránsito ilícito de armas de fuego o municiones preceptúan una pena de prisión inconvertible de 10 a 12 años de prisión y comiso de armas. Si las armas son de las clasificadas en esta ley como armas bélicas o de uso exclusivo del Ejército de Guatemala, explosivos, armas químicas, biológicas, atómicas, trampas bélicas y armas experimentales la pena a imponer será de 12 a 18 años de prisión.
- g. Los delitos de portación ilegal de armas de fuego de uso civil y/o deportivas, preceptúan una pena de prisión de 8 a 10 años.
- h. En los delitos de portación ilegal de armas hechas o de fabricación artesanal y; portación ilegal de armas de fuego bélicas o de uso exclusivo del Ejército de Guatemala o de las fuerzas de seguridad y orden público del Estado se establece la aplicación de una pena de prisión inconvertible con prisión de 10 a 15 años y comiso de armas.
- i. En el tipo penal de portación ilegal de explosivos, armas químicas, biológicas, atómicas, trampas bélicas y armas experimentales regula una pena de prisión inconvertible de 12 a 18 años de prisión.
- j. La tenencia o portación de arma de fuego con número de registro alterado, borrado o no legalmente marcado por la DIGECAM establece una pena de prisión inconvertible de 10 a 12 años de prisión y comiso de las armas.



Los tipos penales establecidos en la Ley de Armas y Municiones, debido a que tienen gran impacto social tienen asignados penas severas, lo cual constituye uno de los elementos característicos de la teoría del derecho penal del enemigo, pues a través de la aplicación de sanciones drásticas se busca que se reafirme la vigencia de la norma por la transgresión incurrida. No obstante, respecto a la pena establecida en los delitos de portación ilegal de armas de fuego de uso civil y/o deportivas, la legislación no permite aplicar una pena razonable a la persona que no tenga la licencia correspondiente, puesto que, existen lugares en Guatemala, que por motivo de costumbre realizan esta conducta sin tener conocimiento de su ilicitud.

La pena debe aplicarse de forma gradual y en proporción y magnitud al hecho cometido. Partiendo de esta premisa, la Ley para Prevenir y Reprimir el Financiamiento al Terrorismo, Decreto No. 58-2005 del Congreso de la República de Guatemala, regula penas desproporcionadas, pues en el tipo penal de financiamiento al terrorismo se dispone que corresponde al individuo que incurra en su comisión, prisión inconvertible de seis a 25 años, más una multa de 10 mil a 625 mil dólares de los Estados Unidos de América, o su equivalente en moneda nacional.

Cabe indicar que, en dicha ley especial para que se tenga por consumado el delito de financiamiento al terrorismo no es necesario que se lleven a cabo los actos de terrorismo, pero sí que la intención de cometer estos actos se manifieste por signos materiales exteriores. Tampoco es necesario que sobre estos actos se haya iniciado investigación, proceso penal o haya caído en sentencia condenatoria. Lo cual no es supuesto certero, puesto que, no se sabe hasta qué punto se tendrá el propósito de incurrir en la comisión de este delito.

La Ley contra el Lavado de Dinero u otros Activos, Decreto No. 67-2001 del Congreso de la República de Guatemala, en relación con el tipo penal de lavado de dinero, establece como pena una prisión inconvertible de seis a 20 años, más una



multa igual al valor de los bienes, instrumentos o productos objeto del delito; el comiso, pérdida o destrucción de los objetos provenientes de la comisión del delito o de los instrumentos utilizados para su comisión; el pago de costas y gastos procesales; y la publicación de la sentencia en, por lo menos, dos de los medios de comunicación social escritos de mayor circulación en el país. Extremo que permite concluir que, la sanción preceptuada no es proporcional a la acción cometida, debido a que, si el hecho delictivo es eminentemente patrimonial, no debería predominar la restricción de la libertad de la persona sino repercutir en sus bienes obtenidos de forma ilícita.

Las sanciones establecidas tienen como finalidad el mantenimiento del ordenamiento jurídico de una sociedad, no obstante, debe evitarse la aplicación de penas arbitrarias que simbolizen una venganza en contra de quien haya cometido un delito, atentando contra la dignidad humana del individuo. De lo contrario, se incumple con los compromisos adoptados por el Estado de Guatemala en la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La pena que se aplique debe ser justa y útil, evitando que se atente contra la dignidad del individuo. Debe prevalecer la seguridad jurídica que resguarde los derechos fundamentales de los sujetos frente al poder punitivo del Estado. Toda acción voluntaria o imprudente cometida por una persona se encuentra penada por la ley. Es por ello que, se hace necesario observar dos aspectos: a) que la pena sea proporcional al delito y; b) que dicha proporcionalidad sea medida con base en la importancia social del hecho. No obstante, las penas establecidas por el legislador muchas veces son drásticas y desproporcionadas por la magnitud y trascendencia del ilícito y por los riesgos que sufren los ciudadanos, tal como se ha explicado.



#### **4.3 Relatividad y/o supresión de determinadas garantías procesales**

Tal como se ha ido explicando en la presente investigación, la doctrina del derecho penal del enemigo hace referencia a un régimen de excepción dirigido a un sector de la criminalidad que, dada su peligrosidad, se considera que debe ser combatido con mecanismos más drásticos. Lo cual conlleva a la disminución de garantías procesales inmersas en el ordenamiento jurídico.

Para Villalta Ramírez (2003) “las garantías representan la seguridad que el goce efectivo de esos derechos no sea conculcado por el ejercicio del poder estatal”. (pág. 23)

La supresión de determinadas garantías sustantivas y procesales determinadas por el derecho penal a los imputados debe realizarse de manera legítima. Esta restricción debe encontrarse justificada razonablemente por los objetivos que persigue y en ningún momento debe afectarse derechos humanos.

Actualmente, se ha pretendido justificar la existencia de un derecho penal sin las debidas garantías individuales, a partir del concepto de “criminalidad organizada”, por lo que, resulta conveniente traer a colación el contenido de la Ley contra la Delincuencia Organizada, Decreto No. 21-2006 del Congreso de la República de Guatemala, la misma crea una identificación respecto a qué se considera como un grupo delictivo organizado. El legislador creó una serie de mecanismos que coadyuvan a la búsqueda de este fin, como lo son los métodos especiales de investigación que, si bien, se limitan a la confidencialidad e intimidad de las personas, la normativa lo permite con el objeto de proteger a los ciudadanos que conforman la sociedad guatemalteca y que cumplen con las leyes. En consecuencia, se deja al margen a los individuos que conforman un grupo delictivo organizado u organización criminal.



Los medios utilizados en esta normativa, tienen como alcance la investigación para el descubrimiento de estructuras, formas de operación y ámbitos de actuación de los grupos delictivos organizados. Aunado a ello, el método especial de investigación de interceptación telefónica y otros medios de comunicación pretende evitar, interrumpir o investigar la comisión de delitos regulados en la ley especial.

La Ley contra la Delincuencia Organizada tiene una tendencia de la doctrina objeto de estudio, pues dentro de su contenido regula una ampliación de agravantes especiales y penas accesorias, específicamente para los miembros que conforman un grupo delictivo organizado, así también, la creación de nuevos tipos penales, al igual que la Ley contra la Narcoactividad y la Ley para Prevenir y Reprimir el Financiamiento del Terrorismo.

Aunado a lo que se ha ido mencionando en párrafos anteriores, es necesario mencionar el artículo 51 del Código Penal, numeral cuatro, el cual indica que la conmutación no se otorgará cuando apreciadas las condiciones del penado, los móviles de su conducta y las circunstancias del hecho, se establezca, a juicio del juez, su peligrosidad social, así como como a los reincidentes y delincuentes habituales. Lo cual hace deducir, que las circunstancias personales del autor del delito y sus antecedentes servirán para no optar al beneficio de conmuta en los tipos penales en los cuales puede ser otorgado.

Además, en el artículo 65 del Código Penal, regula en su parte conducente que, en el momento de fijar la pena, el juez o tribunal debe tener en cuenta la peligrosidad del culpable y sus antecedentes personales. Es decir que, el juzgador en el momento de aplicar la pena correspondiente debe tener en cuenta estos aspectos, basándose en rasgos propios del individuo, lo cual denota una de las características de la doctrina del derecho penal de autor, la cual fue la base de la teoría del derecho.

Asimismo, la legislación guatemalteca también considera la reincidencia y la habitualidad como circunstancias agravantes que modifican la responsabilidad



penal y como situaciones que provocan el no otorgamiento del beneficio de conmuta. No obstante, el Código Penal realiza una distinción entre ambas figuras, al indicar que es reincidente quien comete un nuevo delito después de haber sido condenado en sentencia ejecutoriada, por un delito anterior cometido en el país o en el extranjero, haya o no cumplido la pena. Ahora bien, se declarará delincuente habitual a quien, habiendo sido condenado por más de dos delitos anteriores, cometiere otro u otro en Guatemala o fuera de ella, hubiere o no cumplido las penas. Cabe indicar que la declaración de esta última es considerada un índice de peligrosidad para la aplicación de medidas de seguridad.

Respecto a la relatividad y/o supresión de determinadas garantías procesales, es menester mencionar que la comisión de hechos delictivos contenidos en la Ley Contra la Narcoactividad, prohíbe la aplicación de medidas sustitutivas. Lo cual denota que, el derecho a la libertad se encuentra limitado al incurrirse en la comisión de los tipos penales contenidos en esta normativa, poniendo en evidencia el trato diferenciado que se da a los sujetos que encuadren su conducta en estos tipos penales. Esta restricción también es aplicable a los sujetos que sean reincidentes de los tipos penales de portación ilegal de armas de fuego de uso civil y/o deportivas y tenencia o portación de arma de fuego con número de registro alterado, borrado o no legalmente marcada por la DIGECAM.

Del contenido del presente capítulo, se desprende que en el Código Penal guatemalteco existen normas que denotan rasgos característicos del derecho penal del enemigo, pues hacen referencia al factor peligrosidad como fundamento para el establecimiento de las medidas de seguridad, así como una circunstancia que debe tomarse en cuenta para la fijación de la pena; la conspiración, al constituir un acto preparatorio punible; y la reincidencia y habitualidad que coadyuvan a determinar la peligrosidad del sujeto por la comisión reiterada de delitos. Asimismo, se determina la existencia de los elementos de: adelantamiento punitivo, restricción de garantías procesales y desproporcionalidad de las penas en las leyes penales especiales, lo cual es resultado de tipos penales de gran impacto social.







## **CAPÍTULO V**

### **INCIDENCIA DE LOS VESTIGIOS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN LAS SENTENCIAS EMITIDAS POR LOS TRIBUNALES DE SENTENCIAS PENAL, NARCOACTIVIDAD Y DELITOS CONTRA EL AMBIENTE DEL DEPARTAMENTO DE GUATEMALA**

El tema de la peligrosidad, la reincidencia y la habitualidad son condiciones puntuales en el momento de otorgar una medida sustitutiva o imponer una pena, pues el juez debe atender a los mismos para limitar las garantías procesales o imponer una sanción acorde al delito cometido según el mínimo o máximo de la pena que el legislador estableció en la normativa penal, de ahí la necesidad de analizar la incidencia de los vestigios de la doctrina objeto de estudio, análisis que se realizará en 15 sentencias emitidas por los Tribunales de Sentencias Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del departamento de Guatemala, a fin de determinar los criterios de peligrosidad, reincidencia y habitualidad que se tomaron en cuenta para emitir una sentencia de condena conforme lo regula el artículo 65 del Código Penal.

A la luz de lo establecido en dicho precepto legal, el juez debe determinar, la mayor o menor peligrosidad del culpable y las agravantes que concurran en el hecho, siendo la comisión reiterada de delitos una circunstancia que modifica la responsabilidad penal. Asimismo, porque partiendo de dicho esbozo, se establecen los criterios sostenidos por la Corte de Constitucionalidad y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En concordancia con lo anterior, en este análisis no se entra a estudiar el tema de la conspiración y las medidas de seguridad como vestigios de la doctrina del derecho penal del enemigo, porque estos temas ya fueron explicados en los capítulos anteriores en forma doctrinaria y legal, siendo el primero un acto



preparatorio que es punible y el segundo, medios de defensa social que utiliza el Estado para prevenir el Delito.

La presente investigación de campo, se realiza en quince sentencias condenatorias emitidas por los Tribunales de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del departamento de Guatemala, en el período comprendido de los años 2010 al 2021, con el objeto de determinar la incidencia de los vestigios del derecho penal del enemigo en las mismas. Para el efecto, se hace uso de un cuadro con siete ítems que se extraen de las resoluciones obtenidas, debido a que con ello se establecen de forma puntual rasgos de la doctrina objeto de estudio, lo cual viene a complementar el capítulo anteriormente desarrollado.

Así también, se lleva a cabo el estudio de seis sentencias de la Corte de Constitucionalidad, a efecto de establecer los criterios sostenidos por dicha Corte respecto a la peligrosidad, la reincidencia y la habitualidad de los condenados. De igual manera, se analizan algunas sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que, se refieren a casos planteados contra Guatemala, a fin de determinar lo que ha establecido esta Corte respecto a la peligrosidad y por qué la misma no debe considerarse al emitir un fallo condenatorio.

## **5.1 Análisis de sentencias condenatorias de Tribunales de Sentencia Penal**

### **5.1.1 Primera sentencia**

<b>Número de expediente</b>	Causa: 01076-2010-00002
<b>Tribunal de Sentencia del que emana la resolución</b>	Tribunal Primero de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente.
<b>Fecha de sentencia</b>	11 de julio de 2012



<b>Delito</b>	Lavado de Dinero u otros activos regulado en el artículo 2 del Decreto 67-2001
<b>Aplicación del artículo 65 del Código Penal por parte del Tribunal</b>	<p>El tribunal de sentencia determinó:</p> <p>Tomando en consideración para su aplicación lo siguiente: a. La pena que corresponda, dentro del máximo y el mínimo señalado por la ley, para cada delito, en el presente caso el delito de Lavado de Dinero u otros activos para las personas individuales tiene establecida la pena mínima de seis años y la máxima de veinte años; b. La mayor o menor peligrosidad del culpable, circunstancia que no se acreditó por lo que no incide en la fijación de la pena; c. los antecedentes personales de éste y de la víctima, en el presente caso siendo del delito, considera el tribunal radica en la corrupción existente en el sistema penitenciario; e. En cuanto a la extensión e intensidad del daño causado, el tribunal lo considera incuantificable, por el sólo hecho de que al relacionarse y percibir emolumentos el acusado de miembros de una organización criminal, coadyuvó con la criminalidad que existe en nuestro medio f. Las circunstancias atenuantes y las agravantes que concurren por el hecho apreciadas tanto por su número como por su entidad o importancia. Al respecto, si bien es cierto se probó la relación como funcionario del acusado en distintas</p>



	<p>instituciones del Estado, también lo es que al analizar el marco teórico señalado en la acusación en cuanto al tiempo de los hechos, solo existen cuatro depósitos realizado a su favor, cuando se desempeñó como funcionario, por lo que considerando el número, cantidad e importancia, de los hechos probado, así como el hecho de que el acusado carece de antecedentes penales, no se toman en consideración los agravantes; aunado a lo anterior también el Ministerio Público en el memorial de acusación consideró que no existían circunstancia agravantes en el actuar del acusado.</p>
<b>Pena impuesta en la parte resolutive de la sentencia</b>	<ul style="list-style-type: none"><li>• Se impone por la comisión del hecho delictivo al acusado seis años de prisión incommutable.</li><li>• Asimismo, el pago de una multa por la cantidad de Q 68,700.00 a favor de los fondos privados del Organismo Judicial.</li></ul>
<b>Características del derecho penal del enemigo observadas en la sentencia</b>	<p>Desproporcionalidad de las penas previstas en virtud de la trascendencia del delito cometido</p>

En la doctrina del derecho penal del enemigo, se promueve el establecimiento de penas drásticas y desproporcionadas, en delitos de gran impacto social, propugnando la abolición del criterio de proporcionalidad de la pena con relación a los daños causados. En ese orden de ideas, la Ley de contra Lavado de Dinero u Otros Activos, en el artículo cuatro establece que, el tipo penal de lavado de dinero



será sancionado con prisión inmutable de seis a veinte años, más una multa igual al valor de los bienes, instrumentos o productos objeto del delito, pretendiendo promover de esa manera, el bien jurídico tutelado de la economía nacional y la estabilidad y solidez del sistema financiero guatemalteco.

En la sentencia analizada, se observa la característica de la desproporcionalidad de la pena prevista, en virtud de la trascendencia del delito cometido, que si bien en el caso concreto la pena impuesta es la mínima de lo que preceptúa la ley, también se le sanciona al procesado con una pena de multa, la cual en el momento de insolvencia se convierte en pena de prisión.

#### 5.1.2 Segunda sentencia

<b>Número de expediente</b>	Causa: 01070-2011-00727
<b>Tribunal de Sentencia del que emana la resolución</b>	Tribunal Séptimo de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente.
<b>Fecha de sentencia</b>	01 de agosto del 2012
<b>Delito</b>	Tránsito internacional en grado de tentativa regulado en el artículo 35 de la Ley contra la Narcoactividad y artículo 14 del Código Penal.
<b>Aplicación del artículo 65 del Código Penal por parte del Tribunal</b>	El tribunal de sentencia determinó en la parte considerativa lo siguiente:  Se impone las penas mínimas tomando en cuenta que en relación con la extensión e intensidad del daño producido, el único que pudo haber puesto en riesgo su salud fue



	<p>Jorge Noé Prado Díaz, sin que se haya hecho extensivo ese riesgo a nadie más por no consumarse el delito; en cuanto al móvil del delito por la naturaleza de estos hechos, es obtener beneficio económico; en cuanto a circunstancias modificativas de la responsabilidad penal el Ministerio Público no invocó ninguna, a favor del acusado se toma en cuenta que carece de antecedentes penales y policíacos, tal como quedó acreditado con las constancias respectivas.</p> <p>En la sentencia analizada no se hace mención de la menor o mayor peligrosidad del culpable.</p>
<b>Pena impuesta en la parte resolutive de la sentencia</b>	<p>Se impone al acusado ocho años de prisión y multa de Q33,333.00, que en caso de no hacer efectiva se convertirá en prisión a razón de un día por cada cien quetzales dejados de pagar.</p> <p>Se le deja al acusado en la misma situación jurídica.</p>
<b>Características del Derecho Penal del Enemigo observadas en la Sentencia</b>	<ul style="list-style-type: none"><li>• Amplitud en el adelantamiento de la punibilidad</li><li>• Desproporcionalidad de las penas previstas en virtud de la trascendencia del delito cometido.</li><li>• Relatividad y/o supresión de determinadas garantías procesales, por ejemplo: No pudo gozar de ninguna medida sustitutiva.</li></ul>



El artículo 35 de la Ley Contra la Narcoactividad establece para el delito de tránsito internacional un margen de punición de doce a veinte años de prisión y multa de cincuenta mil quetzales a un millón de quetzales, lo cual denota una de las características de la doctrina objeto de estudio. En caso concreto, no se consumó el hecho delictivo, por lo que la persona fue condenada por tentativa, fijándole una pena de ocho años de prisión más la imposición de una multa, la cual en caso de insolvencia se convierte en pena privativa.

La aplicación de la pena drástica se desprende de la trascendencia del delito incurrido, porque se está atentando contra la salud que, si bien, no llegó a concretarse, comenzó con la ejecución de los actos exteriores idóneos para cometerlo y no se consumó por la intervención oportuna de los agentes de la Policía Nacional Civil en el aeropuerto. Aunado a ello, se evidencia la característica de la amplitud en el adelantamiento punitivo, por la sanción de los actos preparatorios del tipo penal.

En dicha resolución judicial se observó lo relativo a la relatividad y/o supresión de determinadas garantías procesales, puesto que derivado de la comisión de dichos hechos delictivos y la prohibición regulada en el artículo 264 del Código Procesal Penal, el acusado en ningún momento pudo gozar de una medida sustitutiva, por lo que, estuvo en prisión preventiva durante todo el proceso penal.

De conformidad con lo establecido en el artículo 65 del Código Penal, el juzgador en el momento de fijar la pena correspondiente al procesado, debe determinar en la sentencia lo referente a la menor y mayor peligrosidad del culpable para fijar la pena dentro del mínimo y máximo señalado por la ley, sin embargo, en la resolución objeto de estudio, no se determinó nada sobre dicho extremo.





### 5.1.3 Tercera sentencia

<b>Número de expediente</b>	Causa: 01078-2011-00793
<b>Tribunal de Sentencia del que emana la resolución</b>	Tribunal Sexto de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente.
<b>Fecha de sentencia</b>	16 de julio del año 2012
<b>Delito</b>	Posesión para el consumo contenido en el artículo 39 de la Ley Contra la Narcoactividad
<b>Aplicación del artículo 65 del Código Penal por parte del Tribunal</b>	<p>El tribunal de sentencia determinó en la parte considerativa lo siguiente:</p> <p>De conformidad con el artículo 65 del Código Penal, para la fijación de la pena el Tribunal determinará, en la sentencia, la pena que corresponda, dentro del máximo y el mínimo señalado por la ley, para cada delito, teniendo en cuenta la mayor o menor peligrosidad del culpable, la cual no quedó establecida; el procesado estaba cumpliendo la pena por otro delito; no se probó atenuantes ni agravantes y el daño causado es hacia él mismo; por lo que el Tribunal considera imponerle una pena de cuatro meses de prisión y una multa de Q 200.00, la que se convertirá en un día de prisión por cada cien quetzales dejados de pagar.</p>
<b>Pena impuesta en la parte resolutive de la sentencia</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Se impone al procesado la pena de cuatro meses de prisión y una multa de Q 200.00</li> </ul>



	<ul style="list-style-type: none"><li>• Se decreta el comiso a favor del Organismo Judicial del arma decomisada.</li></ul>
<b>Características del Derecho Penal del Enemigo observadas en la Sentencia</b>	Relatividad y/o supresión de determinadas garantías procesales, por ejemplo: La no aplicación de una medida sustitutiva a favor del acusado.

El artículo 39 de la Ley Contra la Narcoactividad indica un margen de punición para el delito de posesión para el consumo, una pena de prisión de cuatro meses a dos años y una multa de Q 200.00 a Q 10,000.00. Derivado de lo establecido en el artículo 16 de dicha normativa, el tipo penal goza del beneficio de la suspensión condicional de la pena en el momento de dictarse sentencia.

Sin embargo, derivado de la prohibición establecida en el artículo 264 del Código Procesal Penal, el tipo penal de posesión para el consumo por encontrarse contenido en la ley contra la Narcoactividad, no establece la aplicación de alguna medida sustitutiva al sindicado, por lo que, el mismo, estuvo en prisión preventiva durante todo su proceso, lo cual permite evidenciar una de las características del derecho penal del enemigo, como lo es la relatividad y/o supresión de determinadas garantías procesales.

#### 5.1.4 Cuarta sentencia

<b>Número de expediente</b>	Causa: 01079-2011-00771
<b>Tribunal de Sentencia del que emana la resolución</b>	Tribunal Cuarto de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente.



<b>Fecha de sentencia</b>	31 de agosto del 2012
<b>Delito</b>	<ul style="list-style-type: none"><li>• Encubrimiento propio contenido en el artículo 474 del Código Penal</li><li>• Transporte y/o traslado ilegal de armas de fuego y portación ilegal de armas de fuego de uso civil y/o deportivas regulado en el artículo 118 de la Ley de Armas y Municiones.</li></ul>
<b>Aplicación del artículo 65 del Código Penal por parte del Tribunal</b>	<p>El tribunal de sentencia determinó en la parte considerativa lo siguiente:</p> <p>En relación con la mayor o menor peligrosidad del culpable, durante el juicio no se aportaron los elementos probatorios para poder establecer algunos de los índices de peligrosidad establecidos en el artículo 87 del Código Penal. En el presente caso, se establece que los acusados carecen de antecedentes penales y acreditaron diferentes cartas de recomendación, pero también se establece que los hechos cometidos por los acusados fueron cometidos con la CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE DE PREMEDITACIÓN regulada en el artículo 27 numeral 3º del Código Penal</p>
<b>Pena impuesta en la parte resolutive de la sentencia</b>	<ul style="list-style-type: none"><li>• Se impone a los tres acusados por el delito de encubrimiento propio la pena de un año de prisión.</li><li>• Por el delito de transporte y/o traslado ilegal de armas de fuego se impone a los tres procesados</li></ul>



	la pena de diez años, haciendo un total de 11 <sup>6</sup> años de prisión inconvertibles para cada acusado.
<b>Características del Derecho Penal del Enemigo observadas en la Sentencia</b>	Desproporcionalidad de las pena prevista en relación con el tipo penal de transporte y/o traslado ilegal de armas de fuego

En el artículo 118 de la Ley de Armas y Municiones, el legislador ha establecido, dentro del margen de punición para el delito de transporte y/o traslado ilegal de armas de fuego, ocho y diez años de prisión inconvertibles, por constituir un tipo penal de peligro y, con el objeto de garantizar el respeto a la vida y la integridad física de los habitantes de la sociedad guatemalteca y, por ser el tipo penal de especial valoración. Partiendo de esa idea, la sentencia analizada evidencia una de las características de la doctrina del derecho penal del enemigo, la desproporcionalidad de las penas previstas, en virtud de la aplicación de una sanción drástica para promover la protección del bien jurídico tutelado “seguridad colectiva”. Se pretende generar en la persona que delinque una prevención general positiva.

### 5.1.5 Quinta sentencia

<b>Número de expediente</b>	Causa: 01076-2010-00002
<b>Tribunal de Sentencia del que emana la resolución</b>	Tribunal Primero de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente.
<b>Fecha de sentencia</b>	12 de junio del 2013



<b>Delito</b>	Asociación ilícita regulado en el artículo 4 de la Ley Contra la Delincuencia Organizada
<b>Aplicación del artículo 65 del Código Penal por parte del Tribunal</b>	El tribunal de sentencia determinó:  Hacemos el análisis de la pena a imponer en la forma siguiente: <b>A) DEL MINIMO Y DEL MAXIMO DE LA PENA A IMPONER: DE LA PENA A IMPONER:</b> El artículo 4 de la Ley Contra la Delincuencia Organizada establece la pena de seis a ocho años de prisión. Dentro de ese parámetro los juzgadores optamos por imponer la pena de OCHO AÑOS DE PRISION INCONMUTABLES. <b>B) DE LA PELIGROSIDAD DEL PROCESADO:</b> El Tribunal no cuenta con elementos científicos para determinar la peligrosidad del procesado. <b>C) DE LOS ANTECEDENTES PERSONALES DEL PROCESADO:</b> Se estableció que el acusado laboró como Sub Director en el Sistema Penitenciario. <b>D) DE LOS ANTECEDENTES DE LA VICTIMA:</b> En delito de Asociación Ilícita, las víctimas son todas las personas que conforman la sociedad guatemalteca, al ser atemorizadas por individuos que se agrupan de manera ilícita para delinquir. <b>E) DEL MOVIL DEL DELITO:</b> El móvil del delito lo constituye el hecho de integrar agrupaciones que se dedican a realizar actividades ilícitas. <b>F) DE LA EXTENSION E INTENSIDAD DEL DAÑO CAUSADO:</b> El daño que causan los grupos



	de personas dedicadas a delinquir, es de gran trascendencia e impacto, pues resulta afectada toda la ciudadanía honrada y trabajadora. <b>G) DE LAS CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES Y AGRAVANTES:</b> El tribunal no ha encontrado ninguna circunstancia atenuante. En cuanto a circunstancias agravantes, estas ya están contenidas en la respectiva figura delictiva.
<b>Pena impuesta en la parte resolutive de la sentencia</b>	<ul style="list-style-type: none"><li>• Se impone por la comisión del hecho delictivo al acusado ocho años de prisión incommutable.</li></ul>
<b>Características del Derecho Penal del Enemigo observadas en la Sentencia</b>	<ul style="list-style-type: none"><li>• Amplitud en el adelantamiento de la punibilidad</li></ul>

El delito de asociación ilícita regulado en el artículo cuatro del Decreto 21-2006, al ser un tipo penal de carácter autónomo e independiente, tiene existencia con la participación e integración de una asociación que tenga por objeto la comisión de hechos delictivos, sin que haya sido cometido delito alguno, objeto de reproche penal. En el momento de sancionar actos preparatorios, por la pertenencia a una agrupación, se configura una de las características propias de la doctrina del derecho penal del enemigo, la amplitud en el adelantamiento de la punibilidad, lo cual se ha evidenciado en la sentencia objeto del presente análisis.

### 5.1.6 Sexta sentencia



<b>Número de expediente</b>	Causa: 01076-2010-0002
<b>Tribunal de Sentencia del que emana la resolución</b>	Tribunal Primero de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente.
<b>Fecha de sentencia</b>	30 de septiembre del 2013
<b>Delito</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Abuso de Autoridad regulado en el artículo 418 del Código Penal</li> <li>• Allanamiento Ilegal contenido en el artículo 436 del Código Penal</li> <li>• Asociación Ilícita, contemplado en el artículo 8 de la ley contra la delincuencia organizada</li> <li>• atentado con Agravación Especifica regulado en los artículos 408 y 410 del Código Penal</li> <li>• Comercio, Tráfico y Almacenamiento Ilícito contenido en el artículo 48 de la Ley contra la Narcoactividad</li> <li>• Encubrimiento Propio regulado en el artículo 474 del Código Penal</li> <li>• Portación Ilegal de Armas de Fuego Bélicas, o de Uso Exclusivo del Ejército de Guatemala, o de las Fuerzas de Seguridad y Orden Público del Estado contenido en el artículo 125 de la Ley de Armas y Municiones</li> <li>• Portación Ilegal de Explosivos, Armas Químicas, Atómicas, Trampas Bélicas, y Armas Experimentales contenido en el artículo 126 de la Ley de Armas y Municiones</li> <li>• Tenencia Ilegal de Armas de Fuego Artesanales</li> </ul>



	<p>o Hechizas, Armas de Fuego con número de Registro Alterado, Armas con Número Borrado o no Legalmente Marcadas por la DIGECAM contenido en el artículo 113 de la Ley de Armas y Municiones</p> <ul style="list-style-type: none"><li>• Tenencia Ilegal de Armas de Fuego Bélicas o de Uso Exclusivo del Ejército de Guatemala o de las Fuerzas de Seguridad y Orden Público del Estado, Explosivos, Armas Químicas, Biológicas, Atómicas, Trampas y Armas Experimentales regulado en el artículo 112 de la Ley de Armas y Municiones.</li><li>• Tenencia Ilegal de Municiones regulado en el artículo 114 de la Ley de Armas y Municiones</li><li>• Depósito Ilegal de Armas de Fuego de Uso Civil y/o Deportivas regulado en el artículo 115 de la Ley de Armas y Municiones</li><li>• Depósito Ilegal de Armas de Fuego bélicas o de uso exclusivo del Ejército de Guatemala o de las fuerzas de seguridad y orden público del Estado, Explosivos, Armas Químicas, Biológicas, Atómicas, Trampas y Armas Experimentales regulado en el artículo 116 de la Ley de Armas y Municiones.</li><li>• Uso de documentos Falsificados regulado en el artículo 325 del Código Penal</li><li>• Uso ilegal de Uniformes o Insignias contenido en el artículo 7 de la Ley contra la Delincuencia Organizada</li></ul>
--	---





<p><b>Aplicación del artículo 65 del Código Penal por parte del Tribunal</b></p>	<p>El tribunal de sentencia determinó:</p> <p>Para la imposición de las penas los Juzgadores tenemos un marco legal el cual contiene los parámetros a ponderar dentro del máximo y mínimos señalado por la ley para cada delito y aspectos a considerar que se indicaran, presupuestos que están contenidos en el artículo 65 del Código Penal, y para la imposición de la pena que corresponde a los autores, debe imponerse toda pena señalada en la ley para cada delito y para los cómplices se les impondrá la pena señalada para los autores del delito rebajada en una tercera parte.</p> <p>En relación con la aplicación del artículo 65 no se hace mención al aspecto de la peligrosidad del culpable. No obstante, hace referencia a la extensión, intensidad del daño causado, las circunstancias atenuantes y agravantes y los factores determinantes para regular la pena.</p>
<p><b>Pena impuesta en la parte resolutive de la sentencia</b></p>	<p>1. Al acusado <b>SERGIO ANIBAL ESTUARDO RAMOS ZABALETA</b> por ser autor responsable en concurso real de los delitos de: a) Allanamiento Ilegal por tal hecho delictivo se le impone una pena de <b>UN AÑO Y TRES MESES DE PRISIÓN</b>, ya aumentada en una cuarta parte, conmutable a razón de <b>VEINTE QUETZALES DIARIOS</b>; b) Abuso de Autoridad por lo que se le impone la pena de <b>UN AÑO CON</b></p>



**TRES MESES DE PRISION**, ya aumentada en una cuarta parte, conmutable a razón de **VEINTE QUETZALES DIARIOS**. Las penas de prisión impuestas hacen un total de **DOS AÑOS SEIS MESES DE PRISION CONMUTABLES**. El pago de las conmutas, impuestas deberán depositarse a favor de los fondos privativos del Organismo Judicial al tercer día de estar firme el fallo.

2. Al acusado **CESAR AUGUSTO SANCHEZ LAJUU** por ser responsable del delito de: Allanamiento Ilegal por tal hecho delictivo se le impone una pena de **UN AÑO TRES MESES** de prisión conmutable, a razón de **VEINTE QUETZALES DIARIOS**.
3. Al acusado **WILLIAM LEONEL FLORES PEREZ** por ser autor responsable del delito de:
  - a) Allanamiento Ilegal por tal hecho delictivo se le impone una pena de **UN AÑO TRES MESES DE PRISION**, conmutables a razón de **VEINTE QUETZALES DIARIOS**.
4. Al acusado **LUIS ROBERTO GONZALEZ BERREONDO** por ser autor responsable de la comisión de los delitos de: **a) Asociación Ilícita** por lo que se le impone la pena de **OCHO AÑOS** de prisión inmutable; y en concurso ideal de los delitos de: **b) Tenencia Ilegal de Armas de Fuego Bélicas o de Uso Exclusivo del Ejército de Guatemala o de las Fuerzas de Seguridad y Orden Público del Estado, Explosivos, Armas Químicas, Biológicas, Atómicas, Trampas y**



Armas Experimentales. **c)** Tenencia Ilegal de Armas de Fuego Artesanales o Hechizas, Armas de Fuego con número de Registro Alterado, Armas con Número Borrado o no Legalmente Marcadas por la DIGECAM, **d)** Tenencia Ilegal De Municiones, **e)** Depósito Ilegal de Armas de Fuego de Uso Civil y/o Deportivas por la comisión de estos delitos se le impone la pena de **QUINCE AÑOS** de prisión aumentada en una tercera parte que totaliza **VEINTE AÑOS DE PRISION INCONMUTABLE**. El total de la pena impuesta es de **VEINTIOCHO AÑOS DE PRISION INCONMUTABLES**.

5. Al acusado **ELIAS DANILLO BARRIENTOS FIGUEROA** por ser autor responsable de los delitos de: **a)** Asociación Ilícita por el que se le impone la pena de **OCHO AÑOS** de prisión inmutable; Y en concurso ideal es autor responsable de los delitos de. **b)** Tenencia Ilegal de Armas de Fuego Bélicas o de Uso Exclusivo del Ejército de Guatemala o de las Fuerzas de Seguridad y Orden Público del Estado, Explosivos, Armas Químicas, Biológicas, Atómicas, Trampas y Armas Experimentales, **c)** Tenencia Ilegal de Armas de Fuego Artesanales o Hechizas, Armas de Fuego con Número de Registro Alterado, Armas con Número Borrado o no Legalmente Marcadas por la Digecam, **d)** Tenencia Ilegal De Municiones, **e)** Depósito Ilegal de Armas de Fuego de Uso Civil y/o Deportivas por la comisión de estos delitos en



concurso ideal se le impone la pena de **QUINCE AÑOS DE PRISION** aumentada en una tercera parte que totaliza **VEINTE AÑOS DE PRISION INCONMUTABLE**. Las penas impuestas al acusado totalizan **VEINTIOCHO AÑOS DE PRISION INCONMUTABLES**.

6. Al acusado **HUGO ROLANDO LOPEZ GARCIA** por ser autor responsable de los delitos de: a) Asociación Ilícita por lo que se le impone la pena de **OCHO AÑOS DE PRISION**; y en concurso ideal de los delitos de: b) Tenencia Ilegal de Armas de Fuego Bélicas o de uso Exclusivo del Ejército de Guatemala o de las Fuerzas de Seguridad y Orden Público, c) Tenencia Ilegal de Armas de Fuego Artesanales o Hechizas, Armas de Fuego con Número de Registro Alterado, Armas con Número Borrado o no Legalmente Marcadas por la DIGECAM, d) Tenencia Ilegal de Municiones, e) Depósito Ilegal de Armas de Fuego de Uso Civil y/o Deportivas por la comisión de estos delitos se le impone la pena de **QUINCE AÑOS DE PRISION**, aumentada en una tercera parte que totaliza **VEINTE AÑOS DE PRISION INCONMUTABLE**. Las penas de prisión impuestas totalizan **VEINTIOCHO AÑOS DE PRISION INCONMUTABLES**.

7. A los acusados **ANA TERESA TUBAC PEREZ, FLOR DE MARIA AYALA TELLO y ERICK RENATO LINARES CORDON** por ser autores responsables del delito de Encubrimiento Propio se les impone la pena de tres años de prisión



conmutable a razón de **CIEN QUETZALES DIARIOS.**

8. Al acusado **VINICIO SOEL TOLEDO MENESES** por ser cómplice responsable del delito de: a) Comercio, Tráfico y Almacenamiento Ilícito por el que se le impone la pena de **OCHO AÑOS** de prisión **INCONMUTABLES**, ya rebajada en una tercera parte. Y la pena de **MULTA DE TREINTA Y SIETE MIL QUINIENTOS QUETZALES.**
9. Al acusado **BALTAZAR GOMEZ BARRIOS** por ser autor responsable del delito de: a) Comercio Trafico y Almacenamiento Ilícito se le impone la pena de **DIECISEIS AÑOS** de **PRISION INCONMUTABLE**, pena que ya incluye la agravante específica por el cargo, y multa de **CINCUENTA MIL QUETZALES**
10. A la acusada **NELY JUDITH BONILLA ESTRADA** por ser autora responsable del delito de: a) Comercio Trafico y Almacenamiento Ilícito, por el que se le impone la pena de: **DIECISEIS AÑOS** de prisión inconmutables, ya aumentada en una cuarta parte por aplicársele la agravante específica. y multa de **CINCUENTA MIL QUETZALES**, que deberá hacer efectivo a favor de los fondos privativos del Organismo Judicial al tercer día de estar firme el fallo.
11. Al acusado **FERNANDO ANTONIO CARRILLO GARCIA** por ser autor responsable del delito de: a) Comercio Tráfico y Almacenamiento Ilícito por se le impone la pena de **DIECISEIS AÑOS** de



prisión inconvertibles, ya incluida la agravante específica. Y **CINCUENTA MIL QUETZALES DE MULTA**

**12. Al acusado IVAN VINICIO GONZALEZ AYALA**

por ser autor responsable en concurso real de los delitos de: a) Comercio, Tráfico y Almacenamiento Ilícito se le impone la pena de **DIECIOCHO AÑOS** de prisión inconvertible, y multa de **UN MILLON DE QUETZALES;** b) Asociación Ilícita se le impone la pena de **OCHO AÑOS** de prisión inconvertibles, Y EN **CONCURSO IDEAL DE LOS DELITOS DE:** c) Tenencia y Depósito Ilegal de Armas de Fuego, Ofensivas, Explosivos, Armas Químicas, Biológicas, Atómicas, Trampas y Armas Experimentales, d) Tenencia Ilegal de Municiones, se le impone la pena de **DOCE AÑOS DE PRISION** aumentada en una tercera parte que totaliza **DIECISEIS AÑOS DE PRISION INCONMUTABLE.** Las penas de prisión impuestas totalizan: **CUARENTA Y DOS AÑOS DE PRISION INCONMUTABLES.**

**13. Al acusado FRANCISCO JOSE FERNANDEZ HERRERA**

por ser cómplice responsable del delito de: a) Comercio Tráfico y Almacenamiento ilícito, se le impone la pena de: **OCHO AÑOS DE PRISION INCONMUTABLES, Y MULTA DE TREINTA Y SIETE MIL, QUINIENTOS QUETZALES (Q.37,500.00)**

**14. A la acusada VICTORIA ELIZABETH**

**HERNANDEZ GODOY** por ser autora



responsable del delito de: a) Asociación Ilícitas se le impone la pena de **OCHO AÑOS** de prisión inmutable.

**15.** Al acusado **DANIEL ISAAC GRAVEZ y/o DANIEL ISAAC GRAVES** por ser autor responsable de los delitos de: a) Asociación Ilícita por lo que se le impone la pena de **OCHO AÑOS** de prisión; b) Uso ilegal de Uniformes o Insignias se le impone la pena de **CINCO AÑOS** de **PRISION CONMUTABLES**, a razón de **CIENT QUETZALES DIARIOS**; c) Atentado con Agravación Especifica por lo que se le impone la pena de tres años de prisión, conmutables a razón de **CIENT QUETZALES DIARIOS**. d) Uso de documentos Falsificados por lo que se le impone la pena de **TRES AÑOS DE PRISION CONMUTABLES A RAZON DE CIENT QUETZALES DIARIOS**. Y en concurso ideal de los delitos de: e) Portación Ilegal de Armas de Fuego Bélicas, o de Uso Exclusivo del Ejército de Guatemala, o de las Fuerzas de Seguridad y Orden Público del Estado; f) Portación Ilegal de Explosivos, Armas Químicas, Atómicas, Trampas Bélicas, y Armas Experimentales por la comisión de estos delitos se le impone la pena de **DIECIOCHO AÑOS DE PRISION AUMENTADA EN UNA TERCERA PARTE QUE TOTALIZA VEINTICUATRO AÑOS DE PRISION INCONMUTABLES**. g) Comercio Tráfico y Almacenamiento Ilícito, se le impone la pena de **DIECIOCHO AÑOS DE PRISION**



	<p><b>INCONMUTABLES, Y MULTA DE UN MILLON DE QUETZALES.</b></p> <p><b>16.</b>Al acusado <b>PEDRO ROMERO LOPEZ</b> por ser autor responsable de los delitos de: <b>a)</b> Asociación Ilícita se le impone la pena de <b>OCHO AÑOS</b> de prisión inconvertible; <b>b)</b> Uso ilegal de Uniformes o Insignias se le impone la pena de cinco años de prisión conmutables a razón de <b>CINCUENTA QUETZALES DIARIOS.</b></p> <p><b>17.</b>Al acusado <b>HECTOR ORLANDO SIERRA RAMIREZ</b> por ser autor responsable de los delitos de: <b>a)</b> Comercio, Tráfico y Almacenamiento Ilícito se le impone la pena de <b>DOCE AÑOS</b> de prisión, inconvertible y multa de <b>CINCUENTA MIL QUETZALES;</b> <b>b)</b> Asociación Ilícita por el que se le impone la pena de <b>OCHO AÑOS</b> de prisión inconvertible.</p> <p>Se decretó el comiso de los objetos delictivos</p>
<p><b>Características del derecho penal del enemigo observadas en la sentencia</b></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Amplitud en el adelantamiento de la punibilidad</li> <li>• Desproporcionalidad de las penas previstas en virtud de la trascendencia del delito cometido</li> <li>• Relatividad y/o supresión de determinadas garantías procesales.</li> </ul>

Dentro de la sentencia analizada, los tipos penales por los cuales fueron condenados los procesados, por ser de gran impacto social, tienen asignadas penas severas, lo cual constituye uno de los elementos que caracterizan a la corriente del derecho penal del enemigo, pues a través de la aplicación de sanciones drásticas





se pretende la reafirmación de la vigencia de la norma por las transgresiones incurridas.

La teoría objeto de estudio promueve la optimización de bienes jurídicos tutelados, siendo en el caso concreto la seguridad colectiva y la salud, en ese sentido, es notable la incidencia del rasgo de la desproporcionalidad en las penas previstas en la resolución analizada.

En relación con la característica de la amplitud en el adelantamiento punitivo, esta se encuentra evidenciada en la resolución, en el momento de sancionar actos preparatorios consistentes en la pertenencia o integración a un grupo delictivo organizado para la comisión de hechos delictivos, no importando la consumación de un tipo penal (asociación ilícita).

De acuerdo con lo establecido en la sentencia y en el artículo 264 del Código Procesal Penal, por los delitos incurridos, algunos sindicados no pudieron gozar de una medida sustitutiva, es por ello que, estuvieron durante todo su proceso con prisión preventiva. Lo anterior se debe a que en la mayoría de procesados existían las circunstancias de peligro de fuga y obstaculización de la verdad, así como la realización del tipo penal de comercio, tráfico y almacenamiento ilícito regulado en la Ley Contra la Narcoactividad, lo cual evidencia la característica de la relatividad y/o supresión de determinadas garantías procesales.

El órgano jurisdiccional, en el momento de fijar la pena correspondiente, por la comisión del ilícito incurrido, debe tener en cuenta distintas circunstancias para aplicar una sanción dentro del máximo y mínimo señalado por la ley. En ese sentido, de acuerdo con lo establecido por el artículo 65 del Código Penal, debe apreciarse lo relativo a la menor y mayor peligrosidad del culpable para la fijación de la pena, lo cual en la sentencia objeto de estudio no se estipuló.



### 5.1.7 Séptima sentencia

<b>Número de expediente</b>	Causa: 01073-2012-00198
<b>Tribunal de Sentencia del que emana la resolución</b>	Tribunal tercero de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente.
<b>Fecha de sentencia</b>	04 de marzo de 2013
<b>Delito</b>	Portación ilegal de armas hechizas o de fabricación artesanal regulado en el artículo 124 de la Ley de Armas y Municiones.
<b>Aplicación del artículo 65 del Código Penal por parte del Tribunal</b>	<p>El tribunal de sentencia determinó en la parte considerativa lo siguiente:</p> <p>Tomando en cuenta las circunstancias contenidas en el artículo 65 del Código Penal para la fijación de la pena, los cuales se consideran a continuación: A) La mayor o menor peligrosidad del culpable: No se establece que el acusado encuadre su conducta en los parámetros del artículo 87 del Código Penal, en cuanto a su peligrosidad social, por lo que debe considerarse esta circunstancia a su favor. B) Antecedentes personales del acusado: Únicamente la información que no es reincidente o reo habitual, lo que se tomara en cuenta para la imposición de la pena; D) La intensidad del daño causado: es poner en riesgo a las personas al portar armas de fuego de la cual se desconoce su origen y se encuentra fuera</p>



	del control del Estado; E) De las circunstancias atenuantes: No se acreditaron la existencia de las mismas en las audiencias del debate. F) Circunstancias agravantes: no se acreditaron en la audiencia del debate existencia de las mismas. Todo lo cual incide en la imposición de la pena que se indicará en la parte resolutive de la presente.
<b>Pena impuesta en la parte resolutive de la sentencia</b>	Se impone al procesado la pena de diez años de prisión inconvertibles.  Se decreta el comiso a favor del Organismo Judicial del arma incautada.
<b>Características del Derecho Penal del Enemigo observadas en la Sentencia</b>	Desproporcionalidad de las penas previstas en virtud de la trascendencia del delito cometido.

Con el objeto de reafirmar la vigencia de la norma y promover la protección efectiva de los bienes jurídicos tutelados, en el derecho penal del enemigo se promueve la aplicación de penas drásticas y severas. Derivado que la proliferación de armas de fuego en la sociedad guatemalteca pone en riesgo la vida y la integridad física de la mayoría de habitantes de la república, el legislador en el artículo 124 de la Ley de Armas y Municiones, ha establecido como pena para la comisión del tipo penal de la portación ilegal de armas hechizas o de fabricación artesanal, diez a quince años de prisión inconvertibles.

En el presente caso, al procesado se le impuso una pena de diez años de prisión inconvertibles, por lo que es evidente la incidencia del rasgo característico de la



desproporcionalidad en la pena impuesta en la resolución analizada. Respecto a dicho tipo penal, la legislación no permite aplicar una pena razonable a la persona que no tenga la licencia correspondiente, puesto que existen lugares en Guatemala, que por motivo de costumbre realizan esta conducta, sin tener conocimiento de su ilicitud.

#### 5.1.8 Octava sentencia

<b>Número de expediente</b>	Causa: 01071-2012-00500
<b>Tribunal de Sentencia del que emana la resolución</b>	Tribunal Noveno de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente.
<b>Fecha de sentencia</b>	30 de julio de 2013
<b>Delito</b>	Portación ilegal de armas de fuego de uso civil y/o deportivas contenido en el artículo 123 de la Ley de Armas y municiones.
<b>Aplicación del artículo 65 del Código Penal por parte del Tribunal</b>	<p>El tribunal de sentencia determinó en la parte considerativa lo siguiente:</p> <p>Se procede a determinar la pena a imponer por el delito conforme los siguientes parámetro: a) en cuanto a la mayor y menor peligrosidad del culpable, ello no ha quedado establecido; b) en lo referente a los antecedentes personales del culpable y de la víctima, respecto al primero únicamente ha quedado establecido que carece de los antecedentes penales y que cuenta como referencia personal en cuanto a su conducta; c) respecto al móvil del delito, el mismo no se</p>



	<p>ha determinado; d) en cuanto a la intensidad y extensión del daño causado, se estima que los hechos cometidos atentan contra la seguridad colectiva, pues la portación de arma de fuego sin autorización legal contribuye a la proliferación ilegítima de armas en la sociedad, lo cual atenta contra la vida e integridad de las personas; e) en cuanto a las circunstancias atenuantes y agravante, no se evidencia la concurrencia de las mismas.</p>
<p><b>Pena impuesta en la parte resolutive de la sentencia</b></p>	<p>Se impone al acusado ocho años de prisión con carácter inmutable.</p> <p>Se ordena el comiso del arma de fuego</p>
<p><b>Características del Derecho Penal del Enemigo observadas en la Sentencia</b></p>	<p>Desproporcionalidad de las penas previstas en virtud de la trascendencia del delito cometido.</p>

Para los delitos de grave impacto social, la teoría objeto de la presente investigación, promueve la aplicación de penas drásticas y severas, con el objeto de fomentar la optimización de los bienes jurídicos tutelados, siendo en el caso concreto, la seguridad de los miembros de la sociedad. En vista, que el margen de punición para el tipo penal de portación ilegal de armas de fuego de uso civil y/o deportivas se encuentra entre los ocho y diez años de prisión inmutables, de conformidad con lo establecido en el artículo 123 de la Ley de Armas y municiones, la aplicación de la sanción para el procesado fue de ocho años no conmutables. Es por ello, que se evidencia la característica del derecho penal del enemigo, de la desproporcionalidad.



Dicha pena es considerada drástica, en virtud que, no permite la aplicación de una pena proporcional al delito incurrido, por no tratarse de un delito de resultado, sino de peligro abstracto, así como no permite, la evaluación del contexto donde se originó el hecho delictivo.

### 5.1.9 Novena sentencia

<b>Número de expediente</b>	Causa: 01173-2014-00279
<b>Tribunal de Sentencia del que emana la resolución</b>	Tribunal Décimo de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente.
<b>Fecha de sentencia</b>	24 de marzo de 2015
<b>Delito</b>	<ul style="list-style-type: none"><li>• Promoción y fomento (Artículo 40 de la Ley Contra la Narcoactividad)</li><li>• Tenencia ilegal de armas de fuego artesanales o hechizas, armas con número de registro alterado, armas con número borrado o no legalmente marcadas por la DIGECAM (Artículo 113 de la Ley de Armas y Municiones)</li></ul>
<b>Aplicación del artículo 65 del Código Penal por parte del Tribunal</b>	<p>El tribunal de sentencia determinó en la parte considerativa lo siguiente:</p> <p>El tribunal determinará en la sentencia, las penas que correspondan, dentro el máximo y el mínimo señalado por la ley, tomando en cuenta la mayor o menor peligrosidad del culpable, los antecedentes personales de este, en el presente caso se toma en consideración de que no se le puede</p>



	<p>considerar peligroso al acusado, porque no llena los supuestos del artículo 87 del Código Penal. Documentalmente se demostró que el mismo no ha cometido otros delitos, que no tiene antecedentes penales y que es persona que ha trabajado, que además no existen agravantes, tampoco atenuantes, por lo que se le impondrán las sanciones que se mencionan en la parte resolutive.</p>
<b>Pena impuesta en la parte resolutive de la sentencia</b>	<ul style="list-style-type: none"><li>• Por el delito de promoción y fomento se le condena a la pena de seis años de prisión inconvertibles; y pena de multa de diez mil quetzales.</li><li>• Por el delito de tenencia ilegal de armas de fuego artesanales o hechas, armas con número de registro alterado, armas con número borrado o no legalmente marcadas por la DIGECAM se le condenó a la pena de cinco años de prisión inconvertibles, la que aumentada en una tercera parte da seis años ocho meses de prisión inconvertibles.</li><li>• Se decretó el comiso</li></ul>
<b>Características del Derecho Penal del Enemigo observadas en la Sentencia</b>	<ul style="list-style-type: none"><li>• Desproporcionalidad de las penas previstas en virtud del delito cometido.</li><li>• Relatividad y/o supresión de determinadas garantías procesales, por ejemplo: Por la prohibición legal no se le otorgó ninguna medida sustitutiva.</li></ul>



La Ley de Armas y Municiones, en su artículo 113, regula que el sujeto que incurre en la comisión del tipo penal de tenencia ilegal de armas de fuego artesanales o hechizas, armas con número de registro alterado, armas con número borrado o no legalmente marcadas por la DIGECAM, en principio establece que el sujeto será sancionado con prisión de cinco a ocho años inconvertibles y comiso de armas. Sin embargo, en el caso de que las armas fueran armas artesanales o hechizas, la pena se aumenta en una tercera parte. En el caso en concreto, se le condenó a la pena de cinco años de prisión inconvertibles, la que aumentada en una tercera dio como resultado seis años ocho meses de prisión inconvertibles.

La sanción estipulada por la normativa sustantiva aludida, se enfoca en un tipo penal de peligro abstracto, por el riesgo que representa para la sociedad, sin importar un resultado en concreto. Lo cual se desprende por la trascendencia del delito incurrido, porque se está atentando contra el bien jurídico “seguridad de la colectividad”, pretendiendo de esa forma, la optimización de dicho bien jurídico.

Aunado a lo anterior, se pudo evidenciar en dicha resolución judicial lo relativo a la relatividad y/o supresión de determinadas garantías procesales, puesto que derivado de la comisión de dichos hechos delictivos y lo regulado en el artículo 264 del Código Procesal Penal, el acusado, en ningún momento pudo gozar de una medida sustitutiva, por lo que, estuvo en prisión preventiva durante todo el proceso penal.

#### 5.1.10 Décima sentencia

<b>Número de expediente</b>	Causa: 01081-2019-00510
<b>Tribunal de Sentencia del que emana la resolución</b>	Tribunal undécimo de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente.





<b>Fecha de sentencia</b>	15 de diciembre de 2020
<b>Delito</b>	Promoción y fomento a la drogadicción contenido en el artículo 49 de la Ley contra la Narcoactividad.
<b>Aplicación del artículo 65 del Código Penal por parte del Tribunal</b>	<p>El tribunal de sentencia determinó en la parte considerativa lo siguiente:</p> <p>La juzgadora en observancia al artículo 65 del Código Penal, tomó en consideración que no se acreditó mayor o menor peligrosidad de los procesados, no se acreditaron los antecedentes personales de los sindicados, móvil del delito, extensión e intensidad del daño causado, circunstancias atenuantes y agravantes que concurrieron en la comisión del delito.</p>
<b>Pena impuesta en la parte resolutive de la sentencia</b>	<p>Se impone al acusado dos años de prisión con carácter inconmutable y multa de cinco mil quetzales, multa que en caso de insolvencia se convertirá en un día de prisión por cada cien quetzales dejados de pagar.</p> <p>Se suspende condicionalmente la ejecución de la pena al procesado por el plazo de cuatro años.</p>
<b>Características del derecho penal del enemigo observadas en la sentencia</b>	Relatividad y/o supresión de determinadas garantías procesales, por ejemplo: Limitación al derecho de gozar a una medida sustitutiva.



El artículo 49 de la Ley Contra la Narcoactividad, establece por la comisión del delito de promoción o estímulo a la drogadicción, una sanción de prisión de dos a cinco años y multa de cinco mil quetzales a cien mil quetzales. En el caso en concreto, la pena impuesta fue de dos años de prisión con carácter inmutable y multa de cinco mil quetzales, multa que en caso de insolvencia se convertiría en un día de prisión por cada cien quetzales dejados de pagar.

En relación con dicha sentencia, se pudo evidenciar lo relativo a la relatividad y/o supresión de determinadas garantías procesales, puesto que derivado de la prohibición establecida en el artículo 264 del Código Procesal Penal, el tipo penal de promoción y fomento a la drogadicción por encontrarse contenido en la Ley contra la Narcoactividad, no establece la aplicación de medida sustitutiva al sindicado, por lo que, estuvo en prisión preventiva durante todo el proceso. Sin embargo, es menester traer a colación que, como el delito no sobrepasa los tres años y lo preceptuado el artículo 16 de la Ley contra la Narcoactividad, se le otorgó al procesado el beneficio de suspensión condicional de la pena.

#### 5.1.11 Undécima sentencia

<b>Número de expediente</b>	Causa: 01080-2018-525
<b>Tribunal de Sentencia del que emana la resolución</b>	Tribunal Noveno de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente.
<b>Fecha de sentencia</b>	17 de diciembre del 2020
<b>Delito</b>	Posesión para el consumo regulado en el artículo 39 de la Ley contra la Narcoactividad



<b>Aplicación del artículo 65 del Código Penal por parte del Tribunal</b>	<p>El tribunal de sentencia determinó:</p> <p>Para los efectos de la fijación la pena a imponer por el delito cometido, la jueza unipersonal toma en cuenta lo siguiente: a) Que conforme el artículo 49 de la Ley contra Narcoactividad, la pena por el delito de PROMOCIÓN O ESTÍMULO A LA DROGADICCIÓN oscila en prisión de dos a cinco años y una pena de multa que oscila entre los Q. 5,000.00 a Q.100,000.00; b. Que los artículos 15 y 16 de la misma normativa sustantiva penal detalla, respectivamente, los delitos que pueden ser CONMUTABLES, entre ellos se sitúa el contenido en el artículo 49 y el parámetro de la conmuta que debe oscilar entre un mínimo de Q 5.00 diarios a un máximo de Q 100.00 por cada día de prisión. Detalla que en los casos de condena de prisión que no exceda de tres años se podrá otorgar la suspensión condicional del cumplimiento de las penas impuestas, sin perjuicio del cumplimiento de las medidas de seguridad y de las responsabilidades civiles impuestas.</p> <p>No se hace mención de la mayor o menor peligrosidad del acusado.</p>
<b>Pena impuesta en la parte resolutive de la sentencia</b>	<ul style="list-style-type: none"><li>• Se impone por la comisión del hecho delictivo al acusado tres años conmutables a razón de Q</li></ul>



	5.00 por cada día de prisión y la pena de multa de Q 7,000.00.
<b>Características del Derecho Penal del Enemigo observadas en la Sentencia</b>	<ul style="list-style-type: none"><li>• Relatividad y/o supresión de determinadas garantías procesales, por ejemplo: Se le limitó en el goce de una medida sustitutiva.</li></ul>

El artículo 49, de la Ley contra Narcoactividad preceptúa que la pena por el delito de PROMOCIÓN O ESTÍMULO A LA DROGADICCIÓN oscila de dos a cinco años de prisión y una pena de multa que oscila entre los cinco mil quetzales a cien mil quetzales. En el caso en concreto, se estableció una sanción de tres años conmutables a razón de cinco quetzales por cada día de prisión y la pena de multa de siete mil quetzales.

En dicha resolución judicial, se pudo evidenciar lo relativo a la relatividad y/o supresión de determinadas garantías procesales, puesto que el procesado durante su proceso penal no pudo gozar de una medida sustitutiva, por la prohibición preceptuada en el artículo 264 del Código Procesal Penal, razón por lo cual durante el proceso se mantuvo en prisión preventiva.

En relación con la fijación a la pena, en virtud de lo establecido en el artículo 65 del Código Penal, el órgano jurisdiccional debe tomar en cuenta distintos aspectos, dentro de ellos la mayor o menor peligrosidad del culpable, lo cual en la sentencia no se hizo mención.



### 5.1.12 Duodécima sentencia

<b>Número de expediente</b>	Causa: 01078-2015-00381
<b>Tribunal de Sentencia del que emana la resolución</b>	Tribunal Séptimo de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente.
<b>Fecha de sentencia</b>	05 de febrero del 2021
<b>Delito</b>	Lavado de dinero u otros activos en forma continuada contenido en el artículo 2 del Decreto 67-2001
<b>Aplicación del artículo 65 del Código Penal por parte del Tribunal</b>	<p>El tribunal de sentencia determinó:</p> <p>Considerando los parámetro establecidos en el artículo 65 del Código Penal, en el sentido que la acusada es delincuente primario, según se desprende de la boleta electrónica número E dos mil nueve extendida por el Titular de la Unidad de Antecedentes Penales del Organismo Judicial y de la Corte Suprema de Justicia, a la cual se le confiere valor probatorio, por ser el medio idóneo para acreditar dicho extremo; confiriéndose también valor probatorio a las dos cartas de recomendación o referencia, fechadas el dieciséis y diecisiete de octubre, ambas del año dos mil dieciocho, firmadas en su orden por Jordán Vicente y Luisa Urizar Villegas, pues ellas dan cuenta del comportamiento que la procesada tuvo con personas con las que se interrelacionaba; asimismo se valoran</p>



	<p>las cartas laborales extendida a favor de la sindicada el tres de noviembre y veintitrés de noviembre del año dos mil dieciocho por Luis Alfredo Canel Velásquez y Cecilia Anabella Pocón Ajciginac, en las cuales se hace constar que la imputada laboró como asistente y como operaria respectivamente, las cuales ponen de relieve los antecedentes personales de la misma, y finalmente atendiendo a que la pena privativa de libertad no debe ser retributiva sino que debe buscar la reeducación del delincuente, la que en el caso de mérito es una persona joven en quien se esperaría la pena privativa de libertad produzca un efecto de prevención especial;</p> <p>No se hace mención referente a la mayor o menor peligrosidad.</p>
<b>Pena impuesta en la parte resolutive de la sentencia</b>	<p>Se impone por la comisión del hecho delictivo a la acusada seis años de prisión inconvertibles aumentada en una tercera parte, en virtud que el delito se cometió en forma continuada, que equivale para el caso de la prisión a dos años de prisión, lo que hace un total de ocho años de prisión inconvertibles; asimismo se le impone una multa de Q 367,563.99, aumentada en una tercera parte que corresponde a la suma de Q 122,521.33, lo que hace un total de Q 490,085.32.</p>
<b>Características del derecho penal del</b>	<p>Desproporcionalidad de las penas previstas en virtud de la trascendencia del delito cometido.</p>



<b>enemigo observadas en la sentencia</b>	
---	--

La aplicación de penas drásticas y desproporcionadas en delitos de gran impacto social, propugnando la abolición de la proporcionalidad, es propio de la doctrina del derecho penal del enemigo, lo cual se observa en la sentencia objeto de análisis.

En el caso concreto, la pena impuesta es la sanción mínima aumentada en una tercera parte, por establecerse que se dio en forma continuada, lo cual incluye la pena de multa. En el caso de esta última, se evidencia que es excesiva, teniendo en cuenta, que en caso de insolvencia por parte de la procesada se convertirá la misma a pena de prisión. Asimismo, la sanción preceptuada no es proporcional al tipo penal incurrido, puesto que, si el mismo es eminentemente patrimonial, no debe existir restricción de la libertad de la persona.

El artículo 65, del Código Penal ha establecido que, el juzgador, en el momento de fijación de la pena correspondiente al acusado, debe determinar en la sentencia lo referente a la menor y mayor peligrosidad del culpable para fijar la pena dentro del mínimo y máximo señalado por la ley, sin embargo, en la sentencia objeto de estudio, no se apreció dicha circunstancia.

#### 5.1.13 Décimo tercera sentencia

<b>Número de expediente</b>	Causa: 01073-2015-00051
<b>Tribunal de Sentencia del que emana la resolución</b>	Tribunal Séptimo de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente.
<b>Fecha de sentencia</b>	15 de marzo del 2021



<b>Delito</b>	Lavado de dinero u otros activos en forma continuada contenido en el artículo 2 del Decreto 67-2001
<b>Aplicación del artículo 65 del Código Penal por parte del Tribunal</b>	<p>El tribunal de sentencia determinó:</p> <p>En el sentido que la acusada es delincuente primario, según se desprende de la boleta electrónica número E dos mil veintiuno guión cero cero cero tres mil seiscientos diecinueve, de carencia de antecedentes penales fechada el ocho de febrero del dos mil veintiuno, extendida por el Titular de la Unidad de Antecedentes penales del Organismo Judicial y de la Corte Suprema de Justicia, a la cual se le confiere valor probatorio, por ser el medio idóneo para acreditar dicho extremo, y además porque por su medio se ponen de relieve los antecedentes personales de la sindicada. Por otro lado, se considera que la pena privativa de libertad no debe ser retributiva, sino que debe buscar la reeducación del delincuente, para su posterior reinserción social, la que en el caso particular se hace imperativa puesto que la condenada es madre de tres hijos menores de edad;</p> <p>No se hace mención referente a la mayor o menor peligrosidad.</p>





<b>Pena impuesta en la parte resolutive de la sentencia</b>	Se impone por la comisión del hecho delictivo al acusado seis años de prisión inconvertibles aumentada en una tercera parte, que equivale para el caso de la prisión a dos años de prisión, lo que hace un total de ocho años de prisión inconvertibles; asimismo, se le impone una multa de Q 78,033.00 integrada por Q 51,100.00 que es el monto al que ascendieron los depósitos que le fueron efectuados en las tres cuentas que poseía como firmante y titular, aumentada en una tercera parte, cuyo equivalente es el de Q 17,033.00.
<b>Características del derecho penal del enemigo observadas en la sentencia</b>	Desproporcionalidad de las penas previstas en virtud de la trascendencia del delito cometido.

El delito de lavado de dinero regulado en el Decreto 67-2001 establece un margen de punición entre seis y veinte años de prisión inconvertibles, más la imposición de multa igual al producto objeto del hecho delictivo, con el objeto de promover la protección del bien jurídico tutelado de la economía nacional y la estabilidad y solidez del sistema financiero guatemalteco, lo cual es indicativo de una pena desproporcional. Esto se debe a que la sanción preceptuada no es proporcional al tipo penal incurrido, puesto que, si el mismo es eminentemente patrimonial, no debe existir restricción de la libertad de la persona.

Si bien es cierto, en el caso concreto se aplicó la sanción mínima por la comisión de dicho tipo penal, fue aumentada en una tercera parte por comprobarse que el ilícito se dio de forma continuada, así como también se impuso el pago de una multa igual al producto objeto del hecho delictivo, aumentada en una tercera parte y derivado



de lo establecido en la normativa especial. Denotando de esta forma, la incidencia de uno de los rasgos característicos del derecho penal del enemigo.

Cabe indicar, que dentro de la resolución objeto de análisis no se realizó apreciación respecto a la circunstancia de la menor y mayor peligrosidad del culpable, tal y como lo preceptúa el artículo 65 del Código Penal.

#### 5.1.14 Décima cuarta sentencia

<b>Número de expediente</b>	Causa: 01073-2018-00541
<b>Tribunal de Sentencia del que emana la resolución</b>	Tribunal Tercero de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente.
<b>Fecha de sentencia</b>	08 de febrero del 2021
<b>Delito</b>	Lavado de dinero u otros activos contenido en el artículo 2 del Decreto 67-2001
<b>Aplicación del artículo 65 del Código Penal por parte del Tribunal</b>	El tribunal de sentencia determinó:  Dentro del máximo y el mínimo señalado por la ley, para cada delito, teniendo en cuenta: a) de la mayor o menor peligrosidad del culpable: el acusado no encuadra su conducta en el artículo 87 del Código Penal, por lo que debe considerarse esta circunstancia en su favor; b) los antecedentes personales del acusado: no se tuvo mayor información al respecto y de acuerdo con las constancias registrales no le aparecen negocios o comercios inscritos a su nombre;



	<p>c) antecedentes personales de la víctima: no se tuvo información sobre las víctimas; d) el móvil del delito: no se estableció cual era el móvil del mismo; e) la extensión e intensidad del daño causado: no se acreditó cual fue el daño causado al sistema financiero del país; f) circunstancias atenuantes: se estableció que el acusado carece de antecedentes penales, por lo que se le considera que es la primera vez que delinque, circunstancia que se toma en cuenta a su favor y; g) agravantes: no se establecieron circunstancias agravantes en su contra. En ese orden de ideas y con base a la ponderación de atenuantes a su favor y no se establecieron agravantes en su contra, asimismo que este delito también se sanciona con pena de multa, el tribunal decide imponer al acusado, la pena mínima que a este delito corresponde, por considerar que el procesado puede rehabilitarse e incorporarse a la sociedad, en el menor tiempo posible;</p>
<b>Pena impuesta en la parte resolutive de la sentencia</b>	Se impone por la comisión del hecho delictivo al acusado seis años de prisión inconvertibles y una multa de Q 75,286.03
<b>Características del derecho penal del</b>	Desproporcionalidad de las penas previstas en virtud de la trascendencia del delito cometido.



<b>enemigo observadas en la sentencia</b>	
---	--

Con el objeto de promover la protección del bien jurídico tutelado de la economía nacional y la estabilidad y solidez del sistema financiero guatemalteco, el legislador ha establecido como consecuencia jurídica de la comisión del tipo penal de lavado de dinero, pena de prisión inconvertible de seis a veinte años, más la imposición de multa igual al producto objeto del hecho delictivo, denotando una pena desproporcional, teniendo en cuenta que el delito es eminentemente patrimonial.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que, en el caso concreto se aplicó la pena mínima por la comisión del hecho delictivo, más el pago de una multa igual al producto objeto del hecho delictivo, que en caso de insolvencia provoca la conversión a pena de prisión. Lo cual permite indicar que existe incidencia de uno de los rasgos característicos del derecho penal del enemigo.

#### 5.1.15 Décimo quinta sentencia

<b>Número de expediente</b>	Causa: 01069-2018-00657
<b>Tribunal de Sentencia del que emana la resolución</b>	Jueza unipersonal del Tribunal Cuarto de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente.
<b>Fecha de sentencia</b>	04 de marzo de 2021
<b>Delito</b>	<ul style="list-style-type: none"><li>• Portación ilegal de armas de fuego de uso civil y/o deportivas contenido en el artículo 123 de la Ley de Armas y Municiones.</li><li>• Allanamiento regulado en el artículo 206 del Código Penal</li></ul>



<p><b>Aplicación del artículo 65 del Código Penal por parte del Tribunal</b></p>	<p>El tribunal de sentencia determinó en la parte considerativa lo siguiente:</p> <p>a. En relación con la mayor o menor peligrosidad del culpable durante el juicio no se aportaron elementos probatorios para poder establecer alguno de los índices de peligrosidad establecidos en el artículo 87 del Código Penal. b. Tampoco quedó acreditada la existencia de circunstancias atenuantes o circunstancias agravantes. c) Móvil del delito: no se estableció.</p>
<p><b>Pena impuesta en la parte resolutive de la sentencia</b></p>	<p>Por el delito de portación ilegal de armas de fuego de uso civil y/o deportivas se impone al acusado ocho años de prisión inconvertibles por el delito de portación ilegal de armas de fuego de uso civil y/o deportivas.</p> <p>Por el delito de allanamiento se impone seis meses conmutables a razón de Q 5.00 por día dejado de cumplir.</p>
<p><b>Características del derecho penal del enemigo observadas en la sentencia</b></p>	<p>Desproporcionalidad de las penas previstas en relación con el tipo penal de portación ilegal de armas de fuego de uso civil y/o deportivas.</p>

El derecho penal del enemigo promueve la aplicación de penas desproporcionadamente altas, en vista que el bien jurídico y el tipo penal incurrido es de especial valoración. Partiendo de esa premisa, el delito de portación ilegal de armas de fuego de uso civil y/o deportivas contenido en el Decreto 15-2009, es



producto de la obligación del Estado de ejercer el control de quienes tienen y portan armas, para garantizar el debido respeto a la vida, la integridad física y la seguridad de todos los habitantes de la República, como valores supremos propios del ser humano y reconocidos en la Constitución Política de la República de Guatemala.

En vista que la proliferación de armas de fuego en el país pone en riesgo la vida e integridad física de la mayoría de habitantes de la república, por la relación existente entre hechos violentos y armas de fuego, el legislador ha regulado en dicho tipo penal, un margen de punición entre los ocho y diez años, por lo cual no es susceptible de aplicarse alguno de los beneficios previstos en la ley. A criterio de la postulante, dicha pena es drástica, puesto que no permite que el juzgador pueda aplicar una pena adecuada al procesado y evaluar el contexto por el cual se incurrió en la comisión del hecho delictivo.

Derivado de lo anterior, se evidencia la característica del derecho penal del enemigo, de la desproporcionalidad de las penas previstas en relación con el tipo penal de portación ilegal de armas de fuego de uso civil y/o deportivas.

## **5.2 Análisis de sentencias de la Corte de Constitucionalidad**

### **5.2.1 Peligrosidad**

En el tema de la peligrosidad, la Corte de Constitucionalidad ha sido enfática al expresar que la peligrosidad constituye una característica endógena, cuya naturaleza eventual, inherente, impide determinar con precisión el bien jurídico tutelado que podría ser lesionado por lo que la sanción que se imponga quedaría vinculada a una conducta hipotética.

La Corte de Constitucionalidad, en la inconstitucionalidad general parcial, Expediente No. 1097-2015, conoció como motivo de impugnación el artículo 132 del Código Penal, concretamente, las frases: "sin embargo se le aplicará la pena de



muerte en lugar del máximo de prisión, si por las circunstancias del hecho y de la ocasión, la manera de realizarlo y los móviles determinantes, se revelare una mayor particular peligrosidad del agente. A quienes no se les aplique la pena de muerte por este delito, no podrá concedérsele rebaja de pena por ninguna causa”.

Respecto la peligrosidad como elemento decisivo para la imposición de la pena, la Corte de Constitucionalidad en la sentencia de fecha once de febrero del año dos mil dieciséis, de dicho expediente expresa:

El término de peligrosidad contenido en la frase impugnada como elemento decisivo para la imposición de una pena, resulta lesivo al principio de legalidad, por cuanto solo pueden ser punibles las acciones calificadas como delito o falta y penadas por ley anterior a su perpetración. Debido a que la peligrosidad constituye una característica endógena cuya naturaleza eventual inherente impide determinar con precisión cuál es el bien jurídico tutelado que podría ser lesionado, la sanción que se imponga estaría vinculada a una conducta hipotética.

En el derecho penal garantista, propio de una sociedad democrática, no puede condenarse a nadie sino, conforme al principio de legalidad. Dicho pilar fundamental brinda seguridad jurídica a los miembros de una comunidad, puesto que, se deben aplicar las leyes penales únicamente sobre aquellas acciones u omisiones que la propia ley califique como delitos o falta.

La peligrosidad representa una probabilidad de que se produzca un resultado, la comisión de un hecho delictivo a futuro, lo cual no es un supuesto certero, atentando contra un principio de legalidad. Dicha circunstancia es subjetiva, puesto que, da lugar a arbitrariedades, por no tener en cuenta la culpabilidad que se desprende en el momento de la comisión de hechos delictivos, ocasionando un derecho penal del enemigo que atenta contra la dignidad del individuo.

En esa misma sentencia, la Corte indica:



Mayor gravedad entraña el que una circunstancia psicobiológica sea relevante para imponer una sanción de la magnitud de la pena de muerte, lo que reflejaría únicamente un serio retroceso en la humanización del sistema represivo de antaño, cuyas rigurosas teorías retributivas veían la pena capital como solución absoluta a la problemática delincriminal, criterio que resulta desproporcionado e inaceptable dentro del modelo garantista actual de los derechos fundamentales. En ese sentido, la frase impugnada prevé la imposición de la pena capital con base en las circunstancias personales del imputado y no por el hecho punible concreto en que incurrió, lo que constituye un resabio de la escuela positivista que debe ser superado.

Constitucionalmente, la pena debe atender a fines de readaptación social y reeducación, es por ello que, resulta inviable la aplicación del factor peligrosidad en el momento de imponerla, al ser un criterio eminentemente subjetivo que atenta contra un principio de legalidad. Aunado a ello, constituye un resabio de la escuela positiva, en la cual el delito no era lo principal sino el estudio de la persona que delinquía, con el objeto de determinar causas endógenas y exógenas, lo cual difiere con un derecho penal garantista.

En la sentencia de fecha veinticuatro de octubre de dos mil diecisiete, Expediente No. 5896-2016, en la inconstitucionalidad general parcial, la Corte de Constitucionalidad manifestó:

La peligrosidad, la cual como se indicará, es un concepto que resulta absolutamente inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos, al ser incompatible con el principio de legalidad y, por ende, contrario a lo establecido en el artículo 17 de la Constitución Política de la República de Guatemala, 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ya que su mero mantenimiento constituye una violación al artículo 2 de dicha Convención.





Un derecho penal de acto tiene como pilar fundamental el principio de legalidad, pues el mismo brinda seguridad jurídica, al ir dirigido al juzgamiento de acciones u omisiones que la propia ley califique como delitos y faltas. Es por ello que, no resulta viable la aplicación de una sanción basada en meras presunciones relacionadas al factor peligrosidad, pues atenta contra la presunción de inocencia y seguridad jurídica del sindicado.

En la sentencia de fecha veintisiete de junio del año dos mil dieciocho, Expediente No. 5378-2017, en el amparo en única instancia, la Corte de Constitucionalidad destaca:

En el caso sometido a estudio de este Tribunal, se concluye que la autoridad cuestionada incurrió en una indebida fundamentación del fallo, en primer término, porque refiere al elemento de peligrosidad como circunstancia para agravar la pena impuesta al postulante, incorporando a la conducta punible del infractor, la probabilidad de que este cometa hechos delictuosos en el futuro, aplicando una culpabilidad por la forma de conducirse en la vida. Al pronunciarse en cuanto al móvil del delito de Homicidio, el Tribunal de Casación aludió al ánimo de segar la vida de una persona trabajadora, lo cual, a juicio de esta Corte, se estima confuso e inconsistente para sustentar la decisión asumida, en tanto no es posible determinar con certeza si refiere al hecho de “segar la vida” (elemento propio del tipo penal) o por tratarse de un delito cometido contra una “persona trabajadora”, criterio que esta Corte estima inadmisibles para graduar la gravedad de la lesión a un bien jurídico tutelado como la vida.

En el expediente aludido, considerar el factor peligrosidad como circunstancia para agravar la pena constituye una probabilidad que no se acreditó durante el proceso, teniéndose en cuenta como un aspecto subjetivo. No puede ser el pilar de una imputación ni medida de la pena, puesto que, se retornaría a un derecho penal de autor. El concepto que se derivó de la escuela positivista en el siglo XIX resulta insostenible en un derecho penal eminentemente garantista, en virtud que se trata



de un simple pronóstico de conducta, que afecta el principio de culpabilidad, legalidad y presunción de inocencia.

Los límites del derecho penal deben estar dotados de legalidad y juridicidad, para no desarraigar al individuo de un proceso de garantías mínimas; razón por la que no resulta viable atacar al individuo por el hecho de su peligrosidad, desposeyéndolo de sus derechos como persona, en virtud que el individuo goza de derechos humanos, sustentados en las normas constitucionales y tratados internacionales ratificados por Guatemala.

### **5.2.2 Reincidencia y habitualidad**

Respecto al tema de la reincidencia y la habitualidad, la Corte de Constitucionalidad ha mencionado que la reincidencia es una circunstancia agravante para la imposición de la sanción penal, cuyo origen deviene del derecho penal de autor y no del derecho penal de acto, por lo tanto, constituye una violación a la garantía de *non bis ídem*.

En ese sentido, la Corte de Constitucionalidad, en sentencia de fecha quince de enero de dos mil diecinueve, Expediente No. 4611-2016, Amparo en única instancia menciona:

La reincidencia, como circunstancia agravante de la sanción jurídico penal, tiene su origen en un derecho penal de autor y no de acto, pues se fundamenta en la posible peligrosidad del sujeto como una característica personal (“ser reincidente”), atribuida a quien, no obstante haber padecido una pena anterior, comete un nuevo delito, por lo que pretende traer a cuenta su conducta delictiva anterior –que ya fue sancionada– para aumentar la pena del delito actual, lo cual, efectivamente, vulnera la garantía penal *non bis in ídem* y contraviene el artículo 17 constitucional, por cuanto se estaría sancionando dos veces una misma conducta, al atraer un hecho pasado para agravar las consecuencias jurídicas de una acción delictiva presente, aunado



a que la sanción jurídico penal tendría sustento, no en las acciones delictuosas cometidas, sino en características personales o aspectos subjetivos como las decisiones de vida del sujeto, lo que resulta inaceptable en un Estado Constitucional de Derecho, que funciona dentro del marco de un sistema penal democrático, en el que la persona humana se concibe como "sujeto y fin del orden social". (Preámbulo del Texto Supremo)

Tal como se ha establecido en capítulos anteriores, la reincidencia es una circunstancia que acontece cuando un sujeto es condenado por la comisión de un hecho delictivo luego de haber sido sentenciado por otro. Esta puede darse, por un lado, como una agravante de la pena a imponer y por el otro, como condición para denegar determinados beneficios penales. Sin embargo, derivado de lo establecido en jurisprudencia nacional e internacional, se ha determinado que, en un derecho penal garantista resulta inadmisibles tomar en cuenta dicho factor como fundamento para agravación de la sanción.

Aunado a lo anterior, respecto a que la reincidencia impide la posibilidad de otorgamiento de determinados beneficios penales, no resulta inadmisibles, puesto que, no se influye en la sanción que se impondrá por la comisión de un hecho delictivo, al darse con posterioridad durante la fase de ejecución de un proceso penal.

Al darse un delincuente ocasional, su comportamiento representa un peligro sostenido y permanente. Si bien, se hace inviable, que una persona que delinque sea tratada en un plano de igualdad como un ciudadano que se compromete a cumplir con las normas jurídicas, no obstante, su dignidad debe resguardarse al amparo de los derechos inherentes a todo ser humano.

La Corte de Constitucionalidad, en sentencia de fecha cinco de junio de dos mil diecinueve, en el Expediente No. 5058-2018, amparo en única instancia expresa:



En síntesis, puede concluirse que la reincidencia y la habitualidad, como condiciones limitadoras de beneficios propios de la forma de cumplimiento de la sanción penal, no vulneran la garantía penal *non bis in idem*, ni contravienen el artículo 17 constitucional, pues solo establecen una restricción ante un *status* jurídico distinto que le impide al condenado el acceso a ciertos beneficios reservados para delincuentes primarios. Sin embargo, al tratarse de la aplicación de la reincidencia y la habitualidad como circunstancias agravantes utilizadas como parámetros para aumentar la pena, esta Corte advierte vulneración a la garantía penal mencionada y al principio de legalidad.

La reincidencia y habitualidad se encuentran íntimamente ligadas, en virtud que para que ocurra la segunda, es necesario que previamente el individuo haya reincidido en la comisión de un hecho delictivo, constituyendo una fase posterior.

Aunado a ello, ambas son consideradas como circunstancias para agravar la pena, lo cual resulta inadmisibles en un derecho penal del acto, pues atenta contra la garantía penal de prohibición de doble persecución, teniendo en cuenta que nadie puede ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos. Si efectivamente ya se dio una condena en su momento por incurrir en la comisión de un ilícito, ya no debe juzgarse dicho aspecto en el nuevo proceso que se dilucida por el delito actual.

Si bien es cierto que, las circunstancias agravantes de reincidencia y habitualidad se encuentran vigentes, estas resultan inaplicables, atendiendo al control de constitucionalidad fundamentado en un derecho penal de acto y no de autor. Cabe indicar que, sí es permitido que estas se establezcan como limitadores para el otorgamiento de beneficios penales, puesto que no inciden en la fijación de la pena, sino operan en la fase de ejecución de un proceso penal.



La Corte de Constitucionalidad, en sentencia de fecha siete de mayo de dos mil diecinueve, en el Expediente No. 4628-2018, amparo en única instancia procedió a indicar que:

El criterio de aumentar la pena con base en la agravante de reincidencia, contraviene derechos fundamentales al ser incongruente con la teoría del Derecho Penal de acto que regula el Texto Supremo y los instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos.

La agravante de reincidencia es tomada en cuenta en la teoría del derecho penal del enemigo junto con la habitualidad, para determinar la peligrosidad del sujeto por la comisión reiterada de hechos delictivos y la forma de combatir dichos peligros. Sin embargo, pretender elevar la pena impuesta por encontrarse un sujeto en dichas circunstancias, contraria un derecho eminentemente garantista, pues se atenta contra la garantía de la prohibición de doble persecución penal, que indica que nadie puede ser penado más de dos veces por el mismo hecho.

### **5.3 Análisis de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

#### **5.3.1 Peligrosidad**

Como se ha venido indicando, la peligrosidad es una condición que se observa en el derecho penal del enemigo, por lo mismo, ha influido en muchas de las sentencias proferidas en los tribunales de sentencia penal de Guatemala, lo que ha generado algunos pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la que en algunas sentencias se ha manifestado, por ejemplo:

#### **Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala**

La Corte de Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia de fecha veinte de junio de dos mil cinco estableció:



La Corte consideró que la incorporación de la peligrosidad como elemento de la descripción típica o como factor para la selección de la pena, en sus respectivos casos, no se aviene con el principio de legalidad que dispone la punición de hechos o conductas ilícitos culpablemente realizados, pero no autoriza la sanción a partir de una combinación de la certeza sobre los hechos pasados y la especulación sobre conductas futuras. En fin, de cuentas, no hubiera sido satisfactorio para la aplicación del Pacto de San José, considerado como un solo cuerpo normativo, asegurar al inculpado la posibilidad de defenderse del cargo de ser peligroso, es decir, del pronóstico sobre crímenes probables en algún momento del porvenir.

El Estado de Guatemala debe respetar el principio de convencionalidad, respetando los compromisos adquiridos a través de la ratificación de los convenios y tratados internacionales. Es por ello que, la normativa constitucional contiene una cláusula abierta en su artículo 44, en la cual se admite lo relativo a los derechos inherentes a la persona humana, aunque no se encuentren regulados en ella.

La Ley Fundamental en su artículo 46, regula que los tratados internacionales ratificados por el Estado son considerados normas internas del país, indicando que, cuando son en materia de derechos humanos tienen preeminencia sobre el derecho interno. De tal manera que, concebir al factor peligrosidad como circunstancia para la imposición de la pena, provoca que se visualicen circunstancias personales y subjetivas de individuo que incurrió en la comisión de un hecho delictivo, promoviendo un derecho penal del enemigo que difiere de un derecho penal de acto.

El principio de legalidad es uno de los pilares fundamentales en una sociedad democrática, por brindar seguridad jurídica, puesto que establece que solo se pueden aplicar las leyes penales sobre acciones u omisiones que la propia normativa establezca como delitos y falta. Es por ello que, la introducción de la peligrosidad como criterio para calificar un ilícito penal resulta incompatible, puesto



que, se considera algo subjetivo, un pronóstico de que determinada persona tiene elevada probabilidad de incurrir nuevamente en la comisión de un tipo penal.

Lo anterior ha sido considerado por la Corte de Interamericana de Derechos Humanos en el caso Raxcacó Vs Guatemala, sentencia de fecha quince de septiembre del dos mil cinco; en el caso Martínez Coronado Vs Guatemala, sentencia de diez de mayo del dos mil diecinueve; y el caso Valenzuela Ávila Vs. Guatemala, sentencia de once de octubre de dos mil diecinueve.

La CIDH en el Caso Fermín Ramírez Vs Guatemala también expresó:

Con sustento en la peligrosidad se podría sancionar al infractor actual o futuro, no por lo que ha realizado, su conducta, su comportamiento ilícito, dañoso y culpable, sino por lo que es, su personalidad, su tendencia, sus posibles decisiones y su conducta futura y probable, apreciada en la única forma en que podría serlo: a través de pronósticos. Esto genera, en fin, de cuentas, un Derecho penal de autor en el que se reacciona en función de la persona, que se contrapone al Derecho penal de acto, hecho o conducta en el que se reacciona en función del comportamiento efectivamente desplegado por el agente, el daño o el riesgo realmente producidos, la culpabilidad acreditada.

El término de peligrosidad nació con la escuela positiva italiana, con el objeto de erradicar el concepto de culpabilidad, provocando una persecución de aquellos individuos que no respondieran a un conjunto de valores establecidos para determinada sociedad, por ser considerados como sujetos en estado peligroso.

Dicha circunstancia es propia del derecho penal de autor, por constituir un factor subjetivo determinante en el momento de aplicar una sanción. A diferencia de un derecho penal del acto, que propugna la reprochabilidad social en la cual se impone una pena acorde al daño incurrido, pues solo se limita a juzgar directamente los actos cometidos por el imputado.



## **Caso Rodríguez Revolorio y otros Vs. Guatemala**

La Corte de Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia de fecha catorce de octubre del año dos mil diecinueve de este caso sostuvo:

En lo que respecta al presente caso, la Corte observa que el empleo del criterio de peligrosidad del agente, tanto en la tipificación de los hechos del ilícito como en la determinación de la sanción correspondiente, resultó incompatible con el principio de legalidad previsto en la Convención Americana. El examen de la peligrosidad del agente implicaba la valoración por parte del juzgador de hechos que no habían ocurrido y, por lo tanto, supuso una sanción basada en un juicio sobre la personalidad del infractor y no en los hechos delictivos imputados conforme la tipificación de la pena.

El Estado de derecho será aquel en el cual, tanto las autoridades que gobiernan como los miembros de la sociedad, se encuentren sometidos al imperio de la ley, con el objetivo que se reconozca, respete y garantice los derechos fundamentales de la ciudadanía.

Resulta inadmisibles que, en el momento de emitir un fallo condenatorio, el órgano jurisdiccional se fundamente en un factor de peligrosidad, puesto que ello, constituiría una persecución arbitraria por parte del Estado dirigido a individuos que subjetivamente son considerados como potencialmente peligrosos. Dicho aspecto debe ser efectivamente demostrado a través de medios de prueba certeros y no en probabilidades, puesto que, se atenta contra un derecho eminentemente garantista, que promueve el respeto a la dignidad y presunción de inocencia del procesado.

El sistema penal guatemalteco, es un derecho penal de acto y no de autor, pues se basa en los hechos atribuidos y no en las condiciones personales del delincuente. Puesto que, de acuerdo con la política criminal democrática, es necesario el respeto irrestricto de los derechos humanos, la prevención del delito, y la reinserción de los sujetos que hayan delinquido, prevaleciendo un control de convencionalidad.





#### **5.4 Encuestas sobre la aplicación de la doctrina del derecho penal del enemigo en Guatemala**

Derivado del análisis esbozado en el presente capítulo, se hizo necesario la realización de un muestreo de campo, con el objeto de determinar la aplicabilidad de la teoría de la doctrina del derecho penal del enemigo en el ordenamiento jurídico guatemalteco. Para ello, se efectuaron treinta y nueve encuestas a distintos profesionales del sector justicia.

Las encuestas abarcaron las siguientes preguntas:

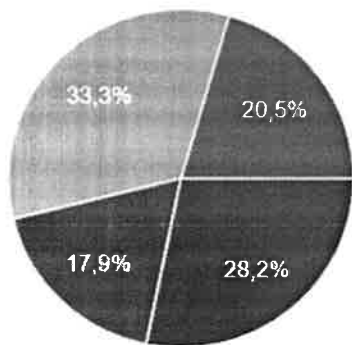
1. ¿A qué grupo del sector justicia pertenece?
2. ¿Conoce la teoría derecho penal del enemigo?
3. ¿Qué concepción tiene sobre la doctrina del derecho penal del enemigo?
4. ¿Cuál es la finalidad de la doctrina del derecho penal del enemigo?
5. ¿Considera que se aplica la doctrina del derecho penal del enemigo en el ordenamiento jurídico guatemalteco?



### Pregunta No. 1

¿A qué grupo del sector justicia pertenece? se estableció lo siguiente:

- a) 13 trabajadores del Ministerio público;
- b) 8 abogados o funcionarios públicos de otras instituciones del Estado;
- c) 7 jueces especializados en la rama penal y;
- d) 11 abogados defensores.

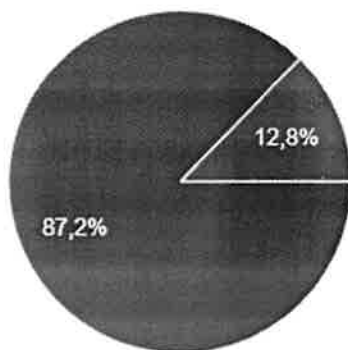


- Abogado defensor
- Jueces
- Ministerio Público
- Abogado o funcionario público

### Pregunta No. 2

¿Conoce la teoría del derecho penal del enemigo?

35 de los encuestados respondió que **SÍ**, mientras que 4 de ellos indicaron que **NO**.



- Si
- No



### Pregunta No. 3

#### ¿Qué concepción tiene sobre la doctrina del derecho penal del enemigo?

Los 35 encuestados que respondieron que conocen la teoría del derecho penal del enemigo, en su mayoría coincidieron con su respuesta la cual se resume de la siguiente forma: es aquella mediante la cual, el Estado pretende combatir a sus enemigos. No se castiga al autor por el hecho cometido, sino por ser considerado peligroso.

### Pregunta No. 4

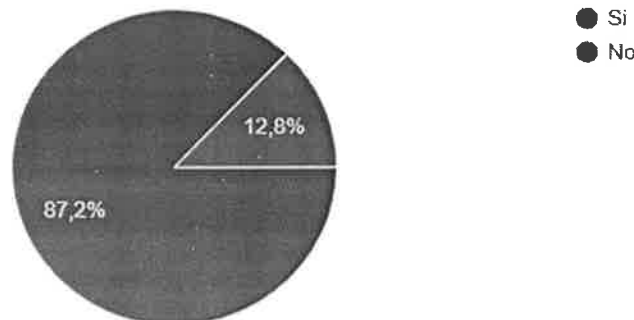
#### ¿Cuál es la finalidad de la doctrina del derecho penal del enemigo?

Los profesionales encuestados que dijeron conocer la teoría del derecho penal del enemigo consideran que, la finalidad de dicha teoría consiste en castigar de forma distinta al transgresor de la norma, por la peligrosidad que representa para la sociedad.

### Pregunta No. 5

#### ¿Considera que se aplica la doctrina del derecho penal del enemigo en el ordenamiento jurídico guatemalteco?

A esta pregunta 19 de los encuestados respondieron que, **SÍ** se aplica, en tanto que 20 respondieron que **NO** se aplica.



### 5.5 Reflexi



En el presente capítulo se logró determinar que, de las quince sentencias condenatorias analizadas, en tres de ellas se evidenció uno de los rasgos característicos de la doctrina del derecho penal del enemigo, como lo es la amplitud en el adelantamiento de la punibilidad, en relación con la sanción de actos preparatorios, ya sea por no haberse concretado el hecho delictivo o por la pertenencia a una agrupación delictiva.

En el momento de imponer una pena, debe existir una proporcionalidad entre el hecho delictivo y la consecuencia de su comisión, es decir que se encuentre conforme a la gravedad de la afección producida. Asimismo, la importancia del bien jurídico tutelado, la intensidad del daño y si figuró dolo o culpa.

No obstante, en la doctrina del derecho penal del enemigo se promueve el establecimiento de penas drásticas y desproporcionadas, en delitos de gran impacto social, propugnando la abolición del criterio de proporcionalidad de la pena con relación a los daños causados. De las quince sentencias condenatorias analizadas, en once de ellas se determinó dicha característica, lo cual se desprende de los tipos penales de especial valoración, en aras de optimizar los bienes jurídicos tutelados.

Cabe mencionar que, la característica anteriormente aludida, se observó en su mayoría en delitos de peligro, en los cuales importa el riesgo que representa la acción, por lo que la legislación establece la aplicación de penas excesivas dentro del ordenamiento jurídico como disuasivo.

En la doctrina objeto de estudio, se establece como característica la relatividad y/o supresión de determinadas garantías procesales, misma que se pudo visualizar en seis sentencias condenatorias de las quince analizadas. Lo anterior se debe a que, en las resoluciones analizadas, en varios de los procesados existían las circunstancias de peligro de fuga y obstaculización de la verdad, así como la realización de los tipos penales contenidos en la Ley contra la Narcoactividad. Sin embargo, hay que destacar que, en una de las sentencias analizadas, por la



comisión del tipo penal de promoción y estímulo a la drogadicción se hizo el otorgamiento de la suspensión condicional de la pena, debido a que es uno de los beneficios regulados en dicha normativa para delitos que no superen los tres años.

Derivado de lo establecido en el artículo 65 del Código Penal, el órgano jurisdiccional en el momento de fijar la pena, debe tomar en cuenta distintas circunstancias, dentro de ellas, la mayor o menor o peligrosidad del culpable, lo cual constituye un vestigio de la doctrina objeto de la presente investigación. Sin embargo, en cinco de las sentencias analizadas no se hizo mención al respecto. Asimismo, en diez de las sentencias analizadas si hicieron referencia a la peligrosidad, pero concluyeron que no llenaban los supuestos del artículo 87 del Código Penal, por no haberse comprobado en el proceso penal. Esto se debe a que, derivado de jurisprudencia nacional e internacional, no se debe tomar en cuenta meras probabilidades sobre un individuo, si no existen pruebas certeras.

El factor peligrosidad representa un retorno al pasado, una simple predicción de lo que puede suceder o no, puesto que se impondría una sanción con base en la personalidad del infractor y no al acto cometido, adelantándose a hechos que ni siquiera se han suscitado. Al valorarse dicha circunstancia, se realiza como ya se ha indicado, una apreciación acerca de las probabilidades de que el imputado cometa hechos delictuosos a futuro. Por lo cual, la misma debe ser probada y demostrada en el proceso penal, prevaleciendo el peligro de los hechos cometidos y no características personales del autor.

La circunstancia de peligrosidad que contiene la doctrina del derecho penal del enemigo, atenta contra el principio de presunción de inocencia, el cual constituye un derecho fundamental de toda persona y aparece regulado constitucionalmente en el artículo 14; internacionalmente, en la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 11); en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14 numeral 2); y en la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 8 numeral 2), lo cual implica, que en el momento que a un individuo se le impute la comisión de un hecho delictivo, corresponda al Estado, por medio del



Ministerio Público demostrar la culpabilidad mediante la aportación de pruebas idóneas, útiles, pertinentes y necesarias que desvirtúen esa presunción constitucional, más allá de toda duda razonable.

En referencia a lo anteriormente aludido, es necesario indicar que, lo anterior no debe confundirse con el factor peligrosidad, que sirve como fundamento para la aplicación de una medida de seguridad. Este constituye un medio de defensa social que utiliza el Estado para prevenir el delito, lo cual se dilucida en un procedimiento específico denominado juicio para la aplicación exclusiva de medidas de seguridad y corrección, en el entendido que se lleva con posterioridad a la comisión de un hecho delictivo. Finalizado el procedimiento preparatorio, el Ministerio Público puede estimar si corresponde su aplicación y presenta una acusación en la que indica el hecho que se le atribuye al sindicado, así como la situación de inimputabilidad y la necesidad de imposición de una medida.

La reincidencia y habitualidad son consideradas como circunstancias para agravar la pena en el ordenamiento jurídico penal guatemalteco, sin embargo, resulta inadmisibles en un derecho penal del acto, pues atenta contra la garantía penal de prohibición de doble persecución, teniendo en cuenta que, nadie puede ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos. Si efectivamente ya se dio una condena en su momento por incurrir en la comisión de un ilícito, ya no debe juzgarse dicho aspecto en el nuevo proceso que se dilucida por el delito actual. Lo cual ha sido establecido por la Corte de Constitucionalidad a través de sus sentencias.

Respecto a las encuestas realizadas a distintos profesionales pertenecientes al sector justicia, se desprende que, si bien, existe conocimiento de la doctrina del derecho penal del enemigo por parte de los encuestados, existe confusión en la mayoría respecto a la verdadera finalidad de la teoría objeto de estudio, en virtud que se centran en indicar que radica en sancionar la peligrosidad de la persona que delinque. Sin embargo, su fin va más allá, porque su finalidad principal es la seguridad cognitiva, la producción del entorno de condiciones soportables mediante las cuales sean eliminados todos aquéllos que no ofrecen la garantía cognitiva



mínima que es necesario para poder ser tratado como persona (la prestación del fiel cumplimiento de la norma).

En concordancia con lo anterior, referente a la aplicación de la doctrina del derecho penal del enemigo en el ordenamiento jurídico guatemalteco, se determinó que la mayoría de profesionales del derecho, indicó que efectivamente no es aplicable dicha teoría, esto se debe a que Guatemala es un Estado democrático, eminentemente garantista, que persigue un derecho penal de acto, no obstante, no debe negarse la existencia de resabios de dicha corriente.

Los derechos humanos son atributos que tienen todas las personas sin exclusión alguna, por el solo hecho de serlo, los cuales no pueden ser limitados ni restringidos por circunstancias derivadas de su condición o de la voluntad de otros individuos o del mismo. Constituyen la razón de ser de un Estado de derecho, el goce de estos les asegura una vida digna a los miembros de la sociedad.

El ser humano, por el hecho de serlo, tiene la facultad inherente de mantener y conservar su integridad física, psíquica y moral. Ningún individuo puede ser sometido a servidumbre ni a otra condición que menoscabe su dignidad. Es por ello que se hace inviable cualquier distinción en “ciudadanos” y “enemigos”. La protección de la vida y la integridad física como derecho humano resulta ser una exigencia humana. Es decir que, debe garantizarse el resguardo de la persona en toda su extensión, bien sea en su aspecto físico como mental. Dicho aspecto ha sido muy criticable en la teoría del derecho penal del enemigo, por constituir un simple ejercicio de imposición lo cual no es legítimo.

A la luz de la doctrina del derecho penal del enemigo, la metamorfosis de un ciudadano como sujeto de derecho a enemigo se configura mediante los factores de reincidencia, habitualidad, profesionalidad delictiva. En el Código Penal, los primeros se establecen como agravantes y como circunstancias que impiden la aplicación del beneficio de la conmuta.



Debe tenerse en cuenta que, la Constitución Política de la República de Guatemala, como norma suprema y orientadora del ordenamiento jurídico, es personalista, humanista y garantista, en virtud que el Estado de Guatemala se organiza para proteger el conjunto de condiciones sociales que permitan el desarrollo integral de sus habitantes, resulta imprescindible la implementación de mecanismos diseñados para orientar, poner límites, dirigir a la administración pública; y para que se reconozcan, respeten y garanticen los derechos fundamentales de la población de su territorio.

Derivado de la normativa constitucional e internacional establecida, es improcedente catalogar a una persona que delinque como “enemigo” y despojarlo de su calidad de ciudadano. Con ello no se lograría cumplir con los fines del sistema penitenciario de readaptación social y reeducación y se estaría atentando contra los principios de un Estado democrático. Si bien es cierto, existen leyes especiales dentro del ordenamiento penal guatemalteco que regulan métodos especiales de investigación y penas drásticas para determinados delitos, en ningún momento se estipula que se catalogará al infractor de la norma.

Al ser el Estado de Guatemala republicano, democrático, respetuoso de los derechos humanos como eje central de sus decisiones y garante del bien común, debe asegurar la vigencia de las garantías de todos sus habitantes, haciendo un uso restrictivo del derecho penal, más que para casos eminentemente graves, buscando herramientas que coadyuven a la reducción y eviten la comisión de hechos delictivos.

Hubiese sido ideal que Jakobs utilizara otra terminología distinta en el momento de denominar su doctrina, pues partía de una distinción entre ciudadanos y enemigos. Proponía que a la par de un derecho penal de garantías, existiera un derecho penal destinado a los que no se les debe imponer una pena retributiva, sino una especie de restricción de libertad, y las denominadas “no personas”, lo cual ha sido punto de discusión para varios juristas desde hace algunos años.





El derecho penal define a la pena como la consecuencia del delito, en otras palabras, es una reacción al fenómeno de la criminalidad que busca asegurar la protección de bienes jurídicos tutelados que la sociedad considera como esenciales. Desde los albores se ha propugnado la represión del crimen, sin embargo, debe dejarse de lado la aplicación de la venganza, pues de lo contrario no se impondría una sanción adecuada a la transgresión cometida. Es por ello, que se hace necesario que el Estado de Guatemala implemente una adecuada política criminal tendiente a prevenir el delito y perseguir la justicia penal de forma razonable dentro de un marco jurídico legal.

Todo derecho penal de garantías es un derecho penal de acto, se sanciona al sujeto por lo que hizo, no por lo que es, es el principio básico. Por ello, se hace necesario plantear una racionalización del uso de la pena privativa de libertad, considerando la intensidad de la lesión a los bienes jurídicos que afectan a la convivencia armónica, las condiciones particulares del autor del hecho delictivo, así como la necesidad de fortalecer los mecanismos de resolución alternativa de conflictos.

Un modelo constitucional de garantías, según Ferrajoli (1995), en lo que respecta al derecho penal, como modelo de estricta legalidad, propio del Estado de derecho, se caracteriza como un sistema de poder mínimo, una técnica capaz de minimizar la violencia y de maximizar la libertad. En consecuencia, todo sistema que ajusta normativamente a tal modelo y lo satisface de manera efectiva, es garantista. Debiendo existir un equilibrio en la búsqueda de la verdad material y los derechos fundamentales del imputado.

En vista que el fin del proceso consiste en averiguar la verdad de los hechos sometidos a su conocimiento, con la investigación se busca establecer la participación del sujeto en el delito; en el transcurso del proceso penal, el sindicado debe ser considerado como inocente y el juez debe vigilar y garantizar que se le trate como tal, hasta que se dicte la sentencia condenatoria.



La sentencia será la resolución donde se decida si la persona a quien se le imputa un hecho es inocente o responsable del mismo. La gravedad del delito imputado no puede ser fundamento para incumplir con dicho principio y desconocer la presunción de inocencia.

El objetivo principal de la teoría del derecho penal del enemigo es, la de afirmar el valor normativo del ordenamiento penal, es decir, el mantenimiento del orden. La pena se dirige a la prevención de hechos futuros, no al castigo de los hechos cometidos, contrario a un derecho penal de acto.

Debe indicarse que la validez determina la existencia de una norma impuesta a la sociedad que para su efectividad necesita que cumpla la misma. Una norma será eficaz al lograrse su cumplimiento, pues de nada sirve que se encuentre contenida en un ordenamiento jurídico si no será aplicada de acuerdo con sus fines. Al lograr ello, podrá determinarse la existencia de la misma y el tiempo en que regirá. En este sentido, Jakobs con su teoría pretende lograr un efectivo cumplimiento de la norma para su efectiva vigencia.

El derecho penal del enemigo, es contrario al modelo constitucional de garantías hoy vigente, de hecho, la política criminal democrática no admite dicha doctrina como opción mínima, puesto que la misma se concibe por lineamientos que buscan prevenir y reducir la comisión de hechos delictivos, mediante una cultura de legalidad, que promueva la reinserción, cumpla con el fin resocializador y busque la rehabilitación de la sanción establecida.

El Estado siempre debe buscar mecanismos para garantizar una convivencia pacífica y justa a los ciudadanos que conforman una sociedad. Para ello, debe lograr que en el momento de aplicar la ley en contra de los individuos que infringen la norma, exista un proceso proveído de legalidad y juridicidad, que no los desarraigue de un juicio de garantías mínimas. En ese sentido, el derecho penal del enemigo podrá ser legítimo, solo en la medida que sea excepcional y que dentro de esa



excepcionalidad se respeten los derechos consagrados a nivel constitucional e internacional.

El derecho penal busca mantener el orden jurídico establecido y restaurar la ejecución e imposición de la pena cuando es afectado por la comisión del delito. Es por ello que, resulta necesario adaptar la legislación a las condiciones particulares de la sociedad, lo que exige que la aceptación de los conceptos de responsabilidad penal y de tipos penales provenientes de otras sociedades más avanzadas se realice siempre de una manera crítica, pues cada país es distinto en cuanto recursos económicos, infraestructura y programas sociales.

La seguridad ciudadana, es un término que puede concebirse, como la facultad que le asiste al integrante de una sociedad, para desenvolverse dentro de la misma, sin amenazas a su integridad personal y a sus derechos. A la luz de la doctrina del derecho penal del enemigo, existe la obligación por parte del Estado de satisfacer dicha necesidad del ciudadano, a cambio de que este no infrinja la norma y acate el pacto social. Constituye un mecanismo de garantía y a la vez de protección social de los derechos humanos para el efectivo goce por parte de la sociedad, en ejercicio de su democracia, el cual implica medidas de prevención y respuesta a situaciones específicas para mantener la convivencia pacífica y justa dentro de la comunidad.

Lo que se pretende es coadyuvar a la política criminal por medio de medidas de control social institucionalizada de una forma punitiva, que son ejecutadas por el Estado castigando conductas incorrectas. Se sancionan conductas previsibles, aún desde antes de cometerse el delito con el justificativo de evitar que al consumarse el mismo aparezca un daño irreparable.

Su tendencia actual es expansiva del derecho penal, debido a que comprende la flexibilización de garantías la creación de nuevos tipos penales, el predominio de peligros abstractos o presuntos en virtud de un alto grado de inseguridad ciudadana.



Lo cual se ha podido establecer a través del análisis de las sentencias condenatorias.

Como resultado del análisis realizado en la presente investigación, en la teoría del derecho penal del enemigo pueden existir dos grupos: el primero, que lo conforman todos aquellos individuos que respetan el ordenamiento jurídico. Sin embargo, cuando llega un momento en el que incurren en error se les permite, pues no son delitos de gran trascendencia; el segundo: aquellas personas que deben ser impedidas mediante coacción, por infringir las normas establecidas en una sociedad, etiquetándolas como “enemigos” o “no personas”.

La teoría objeto de estudio es drástica en sus postulados en cuanto a considerar al sujeto que infringe la norma como “no persona” y “enemigo”, lo que en el caso de Guatemala, atenta contra el respeto a la dignidad humana garantizado en la Constitución Política de la República y en la normativa internacional ratificada por Guatemala, lo que desnaturaliza el derecho penal, transformándose en un simple ejercicio de coacción. No obstante, si la misma es aplicada de forma restrictiva puede resultar beneficiosa para un Estado de derecho en el que se busca el combate de la delincuencia organizada, garantizando siempre el respeto a los derechos humanos de los individuos.

De las normativas y sentencias analizadas, se determina que el ordenamiento penal guatemalteco presenta vestigios de la doctrina del derecho penal del enemigo en cuando el adelantamiento punitivo, la restricción de garantías procesales en circunstancias excepcionales y la regulación de penas drásticas, pero no contiene una regulación distintiva en cuanto ciudadanos y enemigos, así como no niega el carácter de persona a quien delinque, esto porque la Constitución Política de la República de Guatemala es eminentemente garantista e impide atentar contra la dignidad humana protegida en la normativa constitucional e internacional en materia de derechos humanos ratificada por Guatemala, así como se daría una legitimación a poderes arbitrarios. Aunado a ello, impide que se tome en cuenta los factores de



peligrosidad para la emisión del fallo condenatorio, por ser un simple pronóstico, así como las circunstancias de reincidencia y habitualidad.

Si bien, existen rasgos de la doctrina del derecho penal del enemigo en la legislación penal, siempre prevalece un derecho penal de acto, además derivado de lo establecido en tratados internacionales, el ser humano por el hecho de serlo tal tiene derecho a mantener y conservar su integridad física, psíquica y moral. Por lo tanto, ninguna persona podrá ser sometida a servidumbre ni a otra condición que menoscabe su dignidad, por lo que se hace inadmisibles el etiquetamiento de "enemigos" o "no personas" como lo hace el derecho penal del enemigo.



## CONCLUSIONES

1. La hipótesis planteada fue comprobada, puesto que, a pesar que Guatemala es eminentemente garantista, existen normas que denotan rasgos característicos del derecho penal del enemigo, pues hacen referencia al factor peligrosidad como fundamento para el establecimiento de las medidas de seguridad, así como una circunstancia que debe tomarse en cuenta para la fijación de la pena; la conspiración, al constituir un acto preparatorio punible; y la reincidencia y habitualidad, que coadyuvan a determinar la peligrosidad del sujeto por la comisión reiterada de delitos.
2. De los fallos condenatorios emitidos por los Tribunales de Sentencia Penal analizados, se observó lo referente a la amplitud en el adelantamiento de la punibilidad, en relación con la sanción de actos preparatorios, ya sea por no haberse concretado el hecho delictivo o por la pertenencia a una agrupación delictiva. La característica de la desproporcionalidad de las penas previstas en distintos tipos penales de gran impacto social. Asimismo, el rasgo que hace referencia a la relatividad y/o supresión de determinadas garantías procesales, en virtud de limitaciones establecidas en la normativa adjetiva penal.
3. La circunstancia de peligrosidad, requiere una valoración científica, siendo necesario que sea probada adecuadamente en juicio pues resulta inviable su aplicación como agravante de la pena.
4. La reincidencia y habitualidad como circunstancias para agravar la pena, resultan inadmisibles en un derecho penal del acto, pues atentan contra la garantía penal de prohibición de doble persecución. No obstante, es permitido que estas se establezcan como limitadores para el otorgamiento de beneficios penales, puesto que no inciden en la fijación de la pena, sino operan en la fase de ejecución de un proceso penal.





## REFERENCIAS

- Agudelo Betancur, N. (2004). *Curso de Derecho Penal*. Bogotá, Colombia: Temis.
- Agudelo Betancur, N. (2008). *Grandes Corrientes del Derecho Penal*. Colombia: Editorial Temis S.A.
- Ambos, K. (2007). *Derecho Penal del Enemigo*. Colombia: Centro de Investigación en Filosofía y Derecho.
- Amuchategui Requena, I. G. (2012). *Derecho Penal*. México: Oxford University Press.
- Aniyar De Castro, L. (1992). *Democracia y Justicia Penal*. Caracas, Venezuela: Ediciones del Congreso de la República de Venezuela.
- Asúa, L. J. (1970). *Problemas actuales de las ciencias penales y la Filosofía del Derecho*. Argentina: Pannedille.
- Asúa, L. J. (1990). *Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito*. Argentina: Abeledo Perrot.
- Bacigalupo, E. (1998). *Principios del Derecho Penal. Parte General*. Madrid, España: Akal.
- Bacigalupo, E. (2005). *Derecho Penal y Estado de Derecho*. Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Beccaria, C. (2018). *De los delitos y de las penas*. Guatemala: Editorial Fenix.
- Busato, P. C., & Montes Huapaya, S. (2009). *Introducción al Derecho Penal. Fundamentos para un sistema penal democrático*. Nicaragua: Instituto de Estudios de Investigación Jurídica.
- Bustos Ramírez, J. (1989). *Manual de Derecho Penal*. Barcelona, España: Ariel.





- Calderón, J. A. (2003). *Derecho Penal. Parte General*. Guatemala: Kompas.
- Castañeda García, D. (2017). La culpabilidad por la vulnerabilidad como medida de la pena: un revisión al concepto de culpabilidad. *Revista Nuevo Derecho*, 1-17.
- Castro Moreno, A. (2009). *El por qué y el para qué de las penas: análisis crítico sobre los fines de la pena*. España: Dykinson.
- Cervini, R. (2010). El derecho penal del enemigo y la inexcusable vigencia del principio de la dignidad de la persona humana. *Revista de Derecho*, 27-50.
- Claria Olmedo, J. (1967). *Las garantías constitucionales en cuadernos de los institutos*. México: Cuadernos del Instituto de Derecho Procesal .
- Cote Barco, E. (2008). *Derecho penal de enemigo en la violencia (1948-1966)*. Colombia: Editorial Pontificia Universidad Javeriana.
- David, P. R. (2001). *Política Criminal, Derechos Humanos y Sistemas Jurídicos en el siglo XXI*. Argentina: Depalma.
- De Molina, A.-P. (1996). *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos para Juristas*. Valencia, España: Tirant lo blanch.
- Diez Ripollés, J. L., & Giménes-Salinas I. Colomer, E. (2001). *Manual de Derecho Penal Guatemalteco*. Guatemala: Artermis Edinter.
- Dorado Montero, P. (1973). *Bases para un nuevo Derecho Penal*. Argentina: Depalma.
- Durán Puentes, J. A. (2010). Acerca del Derecho Penal del Enemigo como Expresión Jurídica de una civilidad denegada. Gunther Jakobs y el asalto al derecho penal. *Papel Político*, 513-536.
- Echandía, A. R. (1990). *Derecho Penal*. Colombia: Temis.



- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del Garantismo Penal*. España: Editorial Trotta.
- Ferrajoli, L. (2007). El derecho penal del enemigo y la disolución del derecho penal. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C*, 5-22.
- García García, G. (2010). *Historia de la pena y sistema penitenciario mexicano*. México: Miguel Angel Porrúa.
- Garrona, J. A. (1994). *Diccionario Manual Jurídico Abeledo-Perrot*. Argentina: Abeledo-Perrot S.A. E. e L.
- Goldstein, R. (1993). *Diccionario de derecho penal y criminología*. Argentina: Astrea.
- González Rodríguez, M. (2008). El Derecho Penal desde una evaluación crítica. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 1-23.
- Gracias Martin, L. (2005). Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “derecho penal del enemigo”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 1-2.
- Huertas Díaz, O., Oviedo, I., & Bayona Hernández, L. (2020). Constitución Política: ¿Fuente y/o límite del Derecho Penal? *Verba Iuris*, 175-190.
- Ilustre Colegio de Abogados de Chuquisiaca. (2019). *Foro Sucrense No. 14*. Bolivia: ICAC.
- Jaén Vallejo, M. (2011). La función social de la pena. *Revista de Ciencias Jurídicas*, 141-156.
- Jakobs, G. (1996). *La imputación objetiva en Derecho penal*. Madrid, España: Civitas.
- Jakobs, G. (1996). *Sociedad, norma y persona en una teoría en Derecho Penal Funcional*. España: Civitas.



- Jakobs, G. (2004). *Dogmatica de Derecho y Penal y la configuración normativa de la sociedad*. España: Thomson Civitas.
- Jakobs, G., & Meliá, M. C. (2006). *Derecho Penal del Enemigo*. España: Civitas.
- Jakobs, G., Navarrete, M. P., & Polaino-Ortr, M. (2011). *El Derecho Penal ante la criminalidad del núcleo duro*. Argentina: ConTexto.
- Juárez Barato, L. T. (2008). Derecho Penal del Enemigo. *Revista Jurídica del Organismo Judicial*, 10.
- Kant, I. (1998). *La paz perpetua*. España: Tecnos.
- Lascuraí Sánchez, J. A. (2019). *Manual de Introducción al Derecho Penal*. España: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.
- Legaz Lacambra, L. (1951). La noción jurídica de la persona humana y los derechos del hombre. *Revista de Estudios Políticos*, 15-46.
- Luján Muñoz, J. (2000). Del derecho colonial al derecho nacional: el caso de Guatemala. *Congreso del Instituto Internacional de Historia de Derecho Indiano*, 80-87.
- Mancera Espinosa, M. (2011). *Derecho Penal del Enemigo*. México: Editorial Ubijus
- Manzanares, R., & Tébar, I. (2014). El derecho penal del enemigo: de la teoría actual a la práctica represiva del Nuevo Estado franquista. *Revista de Historia Contemporánea. Pasado y Memoria*, 227-250.
- Manzanera, L. R. (2003). *Penología*. México: Porrúa.
- Martin, L. G. (2005). Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado "derecho penal del enemigo". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 1-43.



- Meini, I. (2015). *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Mir Puig, S. (2006). *Derecho Penal. Parte General*. Barcelona, España: Reppertor.
- Mizrahi, E. (2012). *Los presupuestos filosóficos del derecho penal contemporáneo. Conversaciones con Günther Jakobs*. Buenos Aires, Argentina: Konrad Adenauer Stiftung.
- Móbil, J. A. (2012). *Guatemala, el lado oscuro de la historia*. Guatemala: Serviprensa.
- Moreno, M. A., Ruiz, S., Sevilla, A. M., & Romano, E. M. (2010). *Especialización en Derecho Penal y Derecho Procesal Penal*. Nicaragua: Universidad Centroamericana.
- Muñoz Conde, F. (2001). *Introducción al Derecho Penal*. Buenos Aires, Argentina: B d f.
- Muñoz Conde, F. (2009). *De la tolerancia cero al Derecho Penal del Enemigo*. Nicaragua: Instituto de Estudio e Investigación Jurídica.
- Muñoz Conde, F., & García Arán, M. (2010). *Derecho Penal. Parte General*. Valencia, España: Tirant Lo Blanch Libros.
- Muñoz, L., & Tripolone, G. (2018). Una vez más sobre los "vínculos" entre Carl Schmitt y Günther Jakobs. *Revista de Historia de las Ideas Política*, 47-62.
- Ordoñez Nájera, G. A. (2016). El derecho penal-procesal del enemigo. *Revista Jurídica XXIV*, 185-209.
- Orts Berenguer, E., & González Cussac, J. (2017). *Compendio de Derecho Penal. Parte General*. Valencia, España: Tirant Lo Blanch.
- Parma, C. (2018). *Teoría del Delito*. Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.



Parra, W. (2006). El derecho penal y la política criminal del enemigo en Colombia. *Revista Derecho y Realidad*, 158-178.

Peña Gonzáles, O., & Almanza Altamirano, F. (2010). *Teoría del Delito: manual práctico para su aplicación en la teoría del caso*. Perú: Asociación Peruana de Ciencias y Conciliación-APECC-.

Pereira-Orozco, A., & E. Richter, M. P. (2011). *Derecho Constitucional*. Guatemala: Ediciones De Pereira.

Pérez del Valle, C. (2008). La fundamentación iusfilosófica del derecho penal del enemigo. Precisiones sobre la interpretación de Kant. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 3-14.

Pérez Luño, A. E. (1998). *Los derechos fundamentales*. Madrid, España.: Tecnos.

Pérez, L. C. (1984). *Estudios Penales*. Colombia: Temis.

Pessoa, N. R. (1989). *Delito imposible*. Argentina: Hammurabi.

Portilla Contreras, G. (2007). *El derecho penal en el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*. España: Tirant Lo Blanch.

Rebollo Vargas, R. (2013). *Derecho Penal, Constitución y Derechos*. España: J.M. Editor.

Requena, I. G., & Díaz, I. V. (2006). *Diccionario de Derecho Penal*. Estados Unidos: Oxford.

Ripollés, A. Q. (1978). *Compendio de Derecho Penal. Volumen I*. España: Revista de Derecho Privado Madrid.

Rita Tamés, G. (2015). *El delito de organización terrorista: un modelo de derecho penal del enemigo*. España: Bosh Editor.

Rivera Loaiza, J. (2010). El derecho penal del enemigo y el corpus interaccional de los derechos humanos. Análisis comparativo. *Papel Político*, 487-511.



- Rodríguez Ramos, L. (2019). ¿Progresión o regresión constitucional de la Justicia Española? Irrupción del populismo judicial y del derecho penal de autor. *Teoría y Realidad Constitucional*, 193-228.
- Romero Garibay, S., De la Cruz Díaz, E., & Batalla Bustos, E. (2019). *El Derecho Penal del Enemigo y su influencia en la Legislación Penal Mexicana*. México: Ediciones y gráficos Eón.
- Roxin, C. (2008). *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*. España: Civitas.
- Roxin, C., Arzt, G., & Tiedemann, K. (1989). *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal*. España: Ariel, S.A.
- Sánchez Martínez, O. (2006). *Los principios en el derecho y la dogmática penal*. España: Dykinson.
- Sanchez-Ortiz, P. (2006). La tipificación de conductas de apología del delito y el Derecho penal del enemigo. *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, 893-916.
- Silva Sánchez, J. (2001). *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. España: Civitas.
- Silva Sánchez, J. M. (1992). *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. España: JM BOSCH Editor, S.A.
- Tello, C. F. (2012). *Los Delitos de Corrupción*. Guatemala: Artemis Edinter.
- Trejo, M. A., Serrano, A. A., Paz, A. L., & Cruz, D. E. (1993). *Manual de Derecho Penal. Tomo I*. El Salvador: Centro de Investigación y Capacitación Proyecto de Reforma Judicial.
- Uriarte Quesada, D. (2009). *La apología indirecta del terrorismo como Derecho penal del enemigo*. Nicaragua: Instituto de Estudio e Investigación Jurídica.
- Uriza Razo, R. (2005). *Principios del Derecho penal*. México: ITAM.



Villalta Ramírez, L. G. (2003). *Principios, Derechos y Garantías estructurales en el proceso penal*. Guatemala: Fenix.

Vincent, J., & Guillien, R. (2000). *Diccionario Jurídico*. Colombia: Temis S.A.

Zaffaroni, E. R. (2006). *El Enemigo en el Derecho Penal*. España: Dikynson S.L.

Zaffaroni, E. R., Alagia, A., & Slokar, A. (2006). *Manual de Derecho*. Buenos Aires, Argentina: Ediar.

Zaffaroni, E., Alagia, A., & Slokar, A. (2002). *Derecho Penal: Parte General*. Argentina: Ediar.

## **Legisgrafía**

### **Nacional**

Constitución Política de la República de Guatemala. Diario de Centroamérica de Guatemala, Guatemala, 31 de mayo de 1985.

Decreto 15-2009. Ley de Armas y Municiones. Diario de Centroamérica de Guatemala, Guatemala, 20 de abril de 2009

Decreto 17-73 . Código Penal. Diario de Centroamérica de Guatemala, Guatemala, 27 de julio de 1973.

Decreto 21-2006. Ley Contra la Delincuencia Organizada. Diario de Centroamérica de Guatemala, Guatemala, 2 de agosto de 2006.

Decreto 48-92. Ley contra la Narcoactividad. Diario de Centroamérica de Guatemala, Guatemala, 24 de Septiembre de 1992.

Decreto 51-92. Código Procesal Penal. Diario de Centroamérica de Guatemala. Guatemala, 07 de diciembre de 1992.



Decreto 55-2010. Ley de Extinción de Dominio. Diario de Centroamérica de Guatemala. Guatemala, 7 de diciembre de 2010.

Decreto 58-2005. Ley para Prevenir y Reprimir el Financiamiento al Terrorismo. Diario de Centroamérica de Guatemala. Guatemala, 26 de Septiembre de 2005.

Decreto 67-2001. Ley Contra el Lavado de Dinero u Otros Activos. Diario de Centroamérica de Guatemala, 11 de diciembre de 2001.

Decreto 1877. Código Penal. Ministerio de Gobernación, Justicia y Negocios Eclesiásticos, Guatemala, 21 de enero de 1879

Decreto 2164. Código Penal. Diario de Centroamérica de Guatemala, Guatemala, 25 de mayo de 1936

### **Internacional**

Convención Americana sobre Derechos Humanos. Organización de los Estados Americanos. Costa Rica. 22 de noviembre de 1969.

Declaración Universal de Derechos Humanos. Asamblea de las Naciones Unidas. 10 de diciembre de 1948

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Asamblea de las Naciones Unidas. 16 de diciembre de 1966.

### **Jurisprudencia**

#### **Nacional**

Amparo única instancia, Expediente No. 5378-2017 (Corte de Constitucionalidad 27 de junio de 2018).





Amparo única instancia, Expediente No. 4611-2016 (Corte de Constitucionalidad 15 de enero de 2019).

Amparo única instancia, Expediente No. 5058-2018 (Corte de Constitucionalidad 05 de junio del 2019).

Amparo única instancia, Expediente No. 4628-2018 (Corte de Constitucionalidad 07 de mayo del 2019).

Inconstitucionalidad General, Expediente No. 5986-2016 (Corte de Constitucionalidad 24 de octubre de 2017).

Inconstitucionalidad General, Expediente No. 1097-2015 (Corte de Constitucionalidad 11 de febrero de 2016).

### **Internacional**

Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 126 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de junio de 2005).

Caso Raxcacó Vs Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 133 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 15 de septiembre de 2005).

Caso Martínez Coronado Vs Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 376 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 10 de mayo de 2019).

Caso Valenzuela Ávila Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 386 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 11 de octubre de 2019).

Caso Rodríguez Revolorio y otros Vs Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 387 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 14 de octubre de 2019).



## **Base Estadística**

Centro de Información, Desarrollo y Estadística Judicial-CIDEJ- (29 de abril del 2021). Estadísticas referentes a sentencias condenatorias dictadas por varios delitos en Tribunales de Sentencia de la República de Guatemala correspondiente a los años 2015 al 2020.



ANEXOS



**CIDEJ**

CENTRO DE INFORMACIÓN, DESARROLLO Y  
ESTADÍSTICA JUDICIAL

**SENTENCIAS CONDENATORIAS POR DELITOS EN TRIBUNALES DE SENTENCIA DE LA REPUBLICA,  
CORRESPONDIENTE A LOS AÑOS 2015 AL 2020<sup>4</sup>**

DEPARTAMENTO	DESPACHO	DELITO	AÑO 2015	AÑO 2016	AÑO 2017	AÑO 2018	AÑO 2019	AÑO 2020	TOTAL GENERA L	
GUATEMALA	TRIBUNAL PRIMERO DE SENTENCIA PENAL, NARCOACTIVIDAD Y DELITOS CONTRA EL AMBIENTE, GUATEMALA GRUPO A	ASOCIACION ILICITA	10	2	12	3	47	4	78	
		ASOCIACIÓN ILICITA	238	88	149	78	104	104	761	
		ASOCIACIONES ILICITAS					3			3
		CONSPIRACIÓN			5				6	11
		PORTACIÓN ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO DE USO CIVIL Y/O DEPORTIVAS			1					1
		POSESIÓN PARA EL CONSUMO					1			1

<sup>4</sup> El presente cuadro representa las estadísticas correspondientes a sentencias condenatorias dictadas por los Tribunales de Sentencia de la República del departamento de Guatemala, correspondiente a los años 2015 al 2020, referente a delitos contenidos en leyes especiales, en las cuales existe incidencia de la doctrina del derecho penal del enemigo. Fuente proporcionada por el Centro de Información, Desarrollo y Estadística Judicial-CIDEJ- el 29 de abril del 2021









	<b>GUATEMALA GRUPO D</b>	<b>NÚMERO DE REGISTRO ALTERADO, BORRADO O NO LEGALMENTE MARCADA POR LA DIGECAM.</b>							
		<b>TRÁFICO ILÍCITO DE ARMAS DE FUEGO O MUNICIONES.</b>	1						1
		<b>TRANSPORTE Y/O TRASLADO ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO</b>	1						1
	<b>TRIBUNAL PRIMERO DE SENTENCIA PENAL, NARCOACTIVIDAD Y DELITOS CONTRA EL AMBIENTE PARA CONOCER PROCESOS DE MAYOR RIESGO, GRUPO E</b>	<b>ASOCIACION ILICITA</b>	33			1	60		94
		<b>ASOCIACION ILICITA</b>	13			14	79		106
		<b>ASOCIACIONES ILICITAS</b>				2			2
		<b>CONSPIRACION PARA EL LAVADO DE DINERO U OTROS ACTIVOS</b>	25				25		50
		<b>TRANSPORTE Y/O TRASLADO ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO</b>	7				7		14
		<b>ASOCIACION ILICITA</b>				2			2





	<b>TRIBUNAL DE SENTENCIA PENAL CON COMPETENCIA ESPECIALIZADA EN DELITOS DE TRATA DE PERSONAS DEL DEPARTAMENTO DE GUATEMALA</b>	<b>CONSPIRACIÓN</b>					1	1	1
<b>TRIBUNAL DE SENTENCIA PENAL DE DELITOS DE EXTORSION DEL DEPARTAMENTO DE GUATEMALA</b>	<b>ASOCIACION ILICITA</b>	<b>ASOCIACION ILICITA</b>	1	2	9	12			
	2	22	83	64	4	175			
	2	1	1	1		5			
			5			5			
		<b>PORTACION ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO BÉLICAS O DE USO EXCLUSIVO DEL EJÉRCITO DE GUATEMALA O DE LAS FUERZAS DE SEGURIDAD Y ORDEN PÚBLICO DEL ESTADO.</b>			3	3			3







DELITOS CONTRA EL AMBIENTE, GUATEMALA	CONSPIRACIÓN PARA EL TRANSPORTE Y/O TRASLADO ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO				5					5	
	PORTACIÓN ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO BÉLICAS O DE USO EXCLUSIVO DEL EJÉRCITO DE GUATEMALA O DE LAS FUERZAS DE SEGURIDAD Y ORDEN PÚBLICO DEL ESTADO.	1				4			1	6	
	PORTACIÓN ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO DE USO CIVIL Y/O DEPORTIVAS	13			17	14	14		5	76	
	POSESIÓN PARA EL CONSUMO	1			4	5	5		2	28	
	PROMOCION Y FOMENTO	2					1		1	4	
	PROMOCIÓN Y FOMENTO							17	1	18	
	TENENCIA O PORTACIÓN DE ARMA DE FUEGO CON NÚMERO DE REGISTRO ALTERADO, BORRADO O NO LEGALMENTE				1	1	1		2	6	













						2	7	1		10
	TENENCIA O PORTACIÓN DE ARMA DE FUEGO CON NÚMERO DE REGISTRO ALTERADO, BORRADO O NO LEGALMENTE MARCADA POR LA DIGECAM	9	4				2	5		20
	TENENCIA O PORTACIÓN DE ARMA DE FUEGO CON NÚMERO DE REGISTRO ALTERADO, BORRADO O NO LEGALMENTE MARCADA POR LA DIGECAM.	3								3
	TRÁNSITO ILÍCITO DE ARMAS DE FUEGO O MUNICIONES.									1
	TRÁNSITO INTERNACIONAL									18
	TRANSPORTE Y/O TRASLADO ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO	1	2			6	1	7	1	
	TRANSPORTE Y/O TRASLADO ILEGAL DE MUNICIONES	3	1			2	5	3	3	17



ASOCIACION ILICITA	2	1	5	2	10	20
ASOCIACION ILICITA	119	126	63	29		337
CONSPIRACION	49	21	1			71
CONSPIRACION PARA COMETER TRANSITO INTERNACIONAL		3	3			6
CONSPIRACION PARA EL TRANSPORTE Y/O TRASLADO ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO			1			1
PORTACION ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO BÉLICAS O DE USO EXCLUSIVO DEL EJÉRCITO DE GUATEMALA O DE LAS FUERZAS DE SEGURIDAD Y ORDEN PÚBLICO DEL ESTADO.			1		4	5
PORTACION ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO DE USO CIVIL Y/O DEPORTIVAS	26	19	18	17	16	99
POSESION PARA EL CONSUMO	9	5	7	3	4	29

TRIBUNAL QUINTO DE SENTENCIA PENAL, NARCOACTIVIDAD Y DELITOS CONTRA EL AMBIENTE, GUATEMALA



PROMOCION Y FOMENTO	3	1	2	5	2	1	4
PROMOCIÓN Y FOMENTO	1	2	5	2	5	1	16
TENENCIA O PORTACIÓN DE ARMA DE FUEGO CON NÚMERO DE REGISTRO ALTERADO, BORRADO O NO LEGALMENTE MARCADA POR LA DIGECAM	1	1	3	3	3	8	
TENENCIA O PORTACIÓN DE ARMA DE FUEGO CON NÚMERO DE REGISTRO ALTERADO, BORRADO O NO LEGALMENTE MARCADA POR LA DIGECAM.	7	1	2	1	1	12	
TRÁNSITO INTERNACIONAL		3	3	3	6		
TRANSPORTE Y/O TRASLADO ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO	1	4	5	4	14		
TRANSPORTE Y/O TRASLADO ILEGAL DE MUNICIONES	1	1	4	4	10		



TRIBUNAL SEXTO DE SENTENCIA PENAL, NARCOACTIVIDAD Y DELITOS CONTRA EL AMBIENTE, GUATEMALA	ASOCIACION ILICITA	2	1	1	6	5	15
	ASOCIACIÓN ILICITA	2	30	15	35	9	91
	CONSPIRACION	2			2		4
	CONSPIRACIÓN	1	10				11
	CONSPIRACIÓN PARA EL TRANSPORTE Y/O TRASLADO ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO			1	1		2
	PORTACIÓN ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO BÉLICAS O DE USO EXCLUSIVO DEL EJÉRCITO DE GUATEMALA O DE LAS FUERZAS DE SEGURIDAD Y ORDEN PÚBLICO DEL ESTADO.					1	1
	PORTACIÓN ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO DE USO CIVIL Y/O DEPORTIVAS	11	11	12	6	10	6
	POSESIÓN PARA EL CONSUMO	2	5	8	5	6	3
	PROMOCIÓN Y FOMENTO	1	1		4	2	8



						1	2	1	3	7
	TENENCIA O PORTACIÓN DE ARMA DE FUEGO CON NÚMERO DE REGISTRO ALTERADO, BORRADO O NO LEGALMENTE MARCADA POR LA DIGECAM					1	2	1	3	7
	TENENCIA O PORTACIÓN DE ARMA DE FUEGO CON NÚMERO DE REGISTRO ALTERADO, BORRADO O NO LEGALMENTE MARCADA POR LA DIGECAM.	2		3		3	3	2		11
	TRÁNSITO INTERNACIONAL								1	1
	TRANSPORTE Y/O TRASLADO ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO	3		5		3	5	4		20
	TRANSPORTE Y/O TRASLADO ILEGAL DE MUNICIONES	2		1			2	4		9
TRIBUNAL SEPTIMO DE SENTENCIA PENAL,	ASOCIACION ILICITA			2		46	15	45	2	110
	ASOCIACIÓN ILICITA	28		43		18	15	38	5	147



NARCOACTIVIDAD Y DELITOS CONTRA EL AMBIENTE, GUATEMALA	CONSPIRACIÓN PARA EL TRANSPORTE Y/O TRASLADO ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO			1	1	1	1	3
	PORTACIÓN ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO BÉLICAS O DE USO EXCLUSIVO DEL EJÉRCITO DE GUATEMALA O DE LAS FUERZAS DE SEGURIDAD Y ORDEN PÚBLICO DEL ESTADO.				3			3
	PORTACIÓN ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO DE USO CIVIL Y/O DEPORTIVAS	14	15	10	10	10	10	69
	POSESIÓN PARA EL CONSUMO		2	2	1	3	1	9
	PROMOCIÓN Y FOMENTO	1						1
	PROMOCIÓN Y FOMENTO		1	2		1	3	7
	TENENCIA O PORTACIÓN DE ARMA DE FUEGO CON NÚMERO DE REGISTRO ALTERADO, BORRADO O NO LEGALMENTE		2		1	1	2	6





NARCOACTIVIDAD Y DELITOS CONTRA EL AMBIENTE, GUATEMALA	ASOCIACIONES ILICITAS		2		2				4
	CONSPIRACIÓN	3	27		2				32
	CONSPIRACION PARA EL LAVADO DE DINERO U OTROS ACTIVOS		1	10		1			12
	CONSPIRACION PARA EL TRANSPORTE Y/O TRASLADO ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO			1	1				2
	PORTACIÓN ILEGAL DE ARMAS BLANCAS DE USO EXCLUSIVO DEL EJÉRCITO DE GUATEMALA O DE LAS FUERZAS DE SEGURIDAD Y ORDEN PÚBLICO DEL ESTADO.				2				2
	PORTACIÓN ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO DE USO CIVIL Y/O DEPORTIVAS	22	33	16	22	18	14		125
	POSESIÓN PARA EL CONSUMO	4	5	3	4	4	2		22
	PROMOCION Y FOMENTO						1		1





PROMOCIÓN Y FOMENTO		4	5	9	1	1	20
SIEMBRA Y CULTIVO			1				1
TENENCIA O PORTACIÓN DE ARMA DE FUEGO CON NÚMERO DE REGISTRO ALTERADO, BORRADO O NO LEGALMENTE MARCADA POR LA DIGECAM	1	3	4	3	1		12
TENENCIA O PORTACIÓN DE ARMA DE FUEGO CON NÚMERO DE REGISTRO ALTERADO, BORRADO O NO LEGALMENTE MARCADA POR LA DIGECAM.	4	6	1	5	2	1	19
TRANSPORTE Y/O TRASLADO ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO	1	5	6	7	6	1	26
TRANSPORTE Y/O TRASLADO ILEGAL DE MUNICIONES			7	11	5		23
ASOCIACION ILICITA			4	6	23	44	77



TRIBUNAL NOVENO DE SENTENCIA PENAL, NARCOACTIVIDAD Y DELITOS CONTRA EL AMBIENTE, GUATEMALA	ASOCIACIÓN ILÍCITA	85	48	35	28	63	28	287
	CONSPIRACIÓN	55	16	3	9	2	3	88
	PORTACIÓN ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO DE USO CIVIL Y/O DEPORTIVAS	12	7	13	6	22	7	67
	POSESIÓN PARA EL CONSUMO	3		1	1	6	6	17
	PROMOCIÓN Y FOMENTO	1						1
	PROMOCIÓN Y FOMENTO		1			8	1	10
	SIEMBRA Y CULTIVO		1		2			3
	TENENCIA O PORTACIÓN DE ARMA DE FUEGO CON NÚMERO DE REGISTRO ALTERADO, BORRADO O NO LEGALMENTE MARCADA POR LA DIGECAM			3	2	5		10
	TENENCIA O PORTACIÓN DE ARMA DE FUEGO CON NÚMERO DE REGISTRO ALTERADO, BORRADO O NO LEGALMENTE	2	2	1	1	2		8



MARCADA POR LA DIGECAM.													
TRÁNSITO ILÍCITO DE ARMAS DE FUEGO O MUNICIONES.	1												1
TRÁNSITO INTERNACIONAL													1
TRANSPORTE Y/O TRASLADO ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO	4	7	6	13	1								31
TRANSPORTE Y/O TRASLADO ILEGAL DE MUNICIONES			3	3	5								11
ASOCIACION ILICITA	1	24	4	15	8								70
ASOCIACIÓN ILICITA	71	76	18	21	4								194
CONSPIRACION	1												1
CONSPIRACIÓN	23	22		4									49
PORTACION ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO BÉLICAS O DE USO EXCLUSIVO DEL EJÉRCITO DE GUATEMALA O DE LAS FUERZAS DE	3	1	2										6

TRIBUNAL DÉCIMO DE SENTENCIA PENAL, NARCOACTIVIDAD Y DELITOS CONTRA EL AMBIENTE, GUATEMALA



SEGURIDAD Y ORDEN PÚBLICO DEL ESTADO.	17	24	23	11	9	7	91
PORTACIÓN ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO DE USO CIVIL Y/O DEPORTIVAS							
POSESIÓN PARA EL CONSUMO	7	3	4	1	2	17	
PROMOCION Y FOMENTO	2						2
PROMOCIÓN Y FOMENTO	2	14	2	9	1	1	29
TENENCIA O PORTACIÓN DE ARMA DE FUEGO CON NÚMERO DE REGISTRO ALTERADO, BORRADO O NO LEGALMENTE MARCADA POR LA DIGECAM	1		3	3	5	1	13
TENENCIA O PORTACIÓN DE ARMA DE FUEGO CON NÚMERO DE REGISTRO ALTERADO, BORRADO O NO LEGALMENTE MARCADA POR LA DIGECAM.	3	6		2	1	1	13







		TRANSPORTE Y/O TRASLADO ILEGAL DE MUNICIONES	2	1			1	3	7
TRIBUNAL SEGUNDO DE SENTENCIA, MIXCO, GUATEMALA		ASOCIACIÓN ILÍCITA		1					1
		ASOCIACIONES ILÍCITAS		2					2
<b>Total GUATEMALA</b>			1551	1585	1492	2584	2329	856	10397

